

Eingetragene Erwerbsgenossenschaften
im Hinblick auf § 1 GWB
unter besonderer Berücksichtigung
des Tatbestandsmerkmals "Beschränkung des Wettbewerbs"

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Lothar Kolbe

Regierungsrat z.A. in Bonn

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Eingetragene Erwerbsgenossenschaften
im Hinblick auf § 1 GWB
unter besonderer Berücksichtigung
des Tatbestandsmerkmals "Beschränkung des Wettbewerbs"

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Lothar Kolbe

Regierungsrat z.A. in Bonn

1979



Erstberichterstatter:

Zweitberichterstatter:

Tag der mündlichen Prüfung:

Prof. Dr. Klaus Müller

Prof. Dr. Walther Hadding

4. Juli 1979

A b s t r a c t

Gegenstand der Dissertation ist die Frage, ob Genossenschaftsverträge ohne Bezugs- und Absatzverpflichtungen zugleich Kartellverträge sein können. Diese Arbeit weist nach, daß das Problem nicht allein nach der Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie zu beurteilen ist, da sich diese Theorien mit der Stellung, nicht mit der Auslegung des Begriffes der Wettbewerbsbeschränkung befassen. Zugrunde gelegt wird deshalb ein Einteilungsschema, das an die Auslegung des Begriffes "Wettbewerbsbeschränkung" anknüpft und die folgenden vier Fallgruppen unterscheidet:

1. Beschränkung der Beteiligten als Gegenstand des Vertrages,
2. Beschränkung Dritter als Gegenstand des Vertrages,
3. Beschränkung der Beteiligten als Folge des Vertrages,
4. Beschränkung Dritter als Folge des Vertrages.

Die Beurteilung der Fallgruppen hängt vom zugrunde gelegten Wettbewerbsverständnis ab, wobei die für Genossenschaften wichtige vierte Fallgruppe mit dem herrschenden dynamischen Wettbewerbsbegriff allein nicht zu beurteilen ist, so daß in dem gemeinsamen Ein- und Verkauf der Genossenschaften teilweise eine Wettbewerbsförderung, teilweise eine Wettbewerbsbeschränkung gesehen wird. In diesem Konflikt ist das auf dem statischen Wettbewerbsbegriff beruhende Prinzip der Vermeidung kooperativer Marktmacht heranzuziehen.

Dieses Einteilungsschema führt zur Unterteilung der Genossenschaftsverträge in drei Gruppen:

1. Verträge mit wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen,
2. Verträge auf oligopolistischer Interdependenz,
3. Verträge, die den mitgliederstarken, ohne Bezugs- und Absatzzwang arbeitenden Einkaufs- und Absatzgenossenschaften zugrunde liegen.

Während bei der 1. und 2. Gruppe der Genossenschaftsvertrag unmittelbar zur Wettbewerbsbeschränkung führt, kann diese bei der 3. Gruppe nur in dem Entstehen wettbewerbsbeschränkender Marktmacht erblickt werden. Bei den in die vor- oder nachgelagerte Marktstufe eindringenden Genossenschaften tritt der wettbewerbsbeschränkende Charakter der Marktmacht wegen ihrer partiellen Wettbewerbsbelegung erst in einem späten Stadium auf. Trotz weiterer Auslegung des § 1 GWB kann deshalb in dem Gründungsvertrag derartiger Genossenschaften noch kein Kartellvertrag gesehen werden.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht über den Meinungsstand	S. 1
A Der Konflikt zwischen Genossenschafts- und Wettbewerbsrecht	S. 8
I. Besondere Wirkungsweise der Genossenschaft	S. 8
II. Genossenschaftsrecht als Spezialregelung	S. 9
B Genossenschaften als Gemeinschaftsunternehmen	S. 13
I. Der Anwendungsbereich des § 23 GWB	S. 13
II. Die Fälle der Konzentration	S. 15
III. Die Voraussetzungen des Gemeinschaftsunternehmens	S. 17
IV. Die Unterteilung der Gemeinschaftsunternehmen	S. 20
V. Die Abgrenzung zwischen kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen	S. 23
VI. Ergebnis	S. 29
VII. Die von § 1 GWB freigestellten Genossenschaftsverträge	S. 30
VIII. Die nach § 1 GWB zu beurteilenden Genossenschaftsverträge	S. 32
IX. Die rechtliche Beurteilung der von § 1 GWB freigestellten Genossenschaften	S. 37
1. Die Gründung	S. 38
2. Wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen	S. 39
a. Die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit des Gemeinschaftsunternehmens	S. 40
b. Die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Gründerunternehmen	S. 41
C Einkaufs- und Absatzgenossenschaften	S. 46
I. Die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB	S. 46
1. Vertrag	S. 46
2. Gemeinsamer Zweck	S. 48
3. Unternehmen	S. 52
4. Eignung, die Marktverhältnisse zu beeinflussen	S. 54
5. Wettbewerbsbeschränkung	S. 61

II.	Die Stellung des Tatbestandsmerkmals "Wettbewerbsbeschränkung" im Aufbau des § 1 GWB	S. 61
1.	Die Gegenstandstheorie	S. 62
2.	Die Folgetheorie	S. 63
3.	Die Zwecktheorie	S. 66
4.	Die Funktionstheorie	S. 67
5.	Die Praxis des Bundeskartellamts	S. 68
6.	Die neuere Rechtsprechung zu den Theorien	S. 69
7.	Das Europäische Recht	S. 73
8.	Die Beurteilung der Gegenstandstheorie	S. 75
9.	Die Beurteilung der Zwecktheorie	S. 86
10.	Die Beurteilung der Funktionstheorie	S. 88
11.	Die Beurteilung der Folgetheorie	S. 89
12.	Eigene Stellungnahme zum Verhältnis der Theorien zueinander	S. 92
III.	Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung	S. 95
1.	Die grundlegende Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals	S. 95
2.	Genossenschaften und Wettbewerbsbeschränkung	S. 98
3.	Einteilungsschema für Wettbewerbsbeschränkungen	S. 100
4.	Die volkswirtschaftlichen Theorien	S. 105
a.	Die vollständige Konkurrenz	S. 105
b.	Die dynamische Wettbewerbstheorie	S. 107
c.	Die Gegenmachtthese	S. 110
d.	Der Wettbewerb im Oligopol	S. 111
5.	Die juristischen Wettbewerbsdefinitionen	S. 114
a.	Die amtliche Begründung zum GWB	S. 115
b.	Die herrschende Auffassung	S. 118
c.	Die Ansicht von Knöpfle	S. 119
d.	Die Vertreter der Gegenmachtthese	S. 120
e.	Fikentschers Auffassung	S. 122
f.	Baurs Ansicht	S. 124
g.	Eigene Stellungnahme	S. 125
h.	Zusammenfassende Beurteilung des Ergebnisses	S. 131

6.	Die Fallgruppen der Wettbewerbsbeschränkung	S. 134
a.	Gegenstand des Vertrages ist die Beschränkung der Beteiligten	S. 135
b.	Gegenstand des Vertrages ist die Beschränkung Dritter	S. 136
c.	Folge des Vertrages ist die Beschränkung der Beteiligten	S. 137
d.	Folge des Vertrages ist die Beschränkung Dritter	S. 141
aa.	Darstellung der Fallgruppe	S. 141
bb.	Abgrenzung zur dritten Fallgruppe	S. 142
cc.	Die neuere Rechtsprechung im Hinblick auf die Fallgruppen	S. 147
dd.	Die rechtliche Beurteilung der auftretenden Marktmacht	S. 150
ee.	Das Ausmaß der erforderlichen Marktmacht	S. 151
ff.	Beurteilung des Ergebnisses	S. 152
IV.	Die Wirkungsweise von Einkaufsgenossenschaften und ihre rechtliche Beurteilung	S. 155
1.	Genossenschaftsverträge mit wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen	S. 155
2.	Einkaufsgenossenschaften auf oligopolistischer Interdependenz	S. 158
3.	Die sonstigen Einkaufsgenossenschaften	S. 161
a.	Genossenschaftliches Gleichverhalten als Wettbewerbsbeschränkung	S. 161
b.	Kartelleigenschaft wegen auftretender Marktmacht	S. 163
c.	Das erforderliche Ausmaß der Marktmacht	S. 164
d.	Die wettbewerbsfördernden Wirkungen der Einkaufsgenossenschaften	S. 165
aa.	Das Wettbewerbsverhältnis zwischen Hersteller- und Großhandelsstufe	S. 165
bb.	Das Wettbewerbsverhältnis zwischen Großhandels- und Einzelhandelsstufe	S. 166
cc.	Das Wettbewerbsverhältnis auf der Großhandelsstufe	S. 168

	e. Die Grenze zur Wettbewerbsbeschränkung	S. 173
	f. Die Beurteilung des Ergebnisses	S. 175
	g. Wettbewerbsbeschränkung durch Empfehlungen	S. 176
V.	Die Wirkungsweise von Absatzgenossenschaften und ihre rechtliche Beurteilung	S. 178
	1. Absatzgenossenschaften mit wettbewerbsbeschränkender Verpflichtung	S. 178
	2. Absatzgenossenschaften auf oligopolistischer Interdependenz	S. 179
	3. Sonstige Absatzgenossenschaften	S. 179
D	Spezielle Rechtfertigungsgründe	S. 183
	I. Artikel 3 Grundgesetz	S. 183
	II. § 5 b GWB	S. 185
	III. § 100 GWB	S. 188
E	Abschließende Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Genossenschafts- und Wettbewerbsrecht	S. 190

A b k ü r z u n g e n

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs- beraters
BB	Betriebsberater
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
E	Entscheidung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber- recht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HGB	Handelsgesetzbuch
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne des

Jura	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
MA	Der Markenartikel
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
S.	Seite
sog.	sogenannt
TB	Tatbestand
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliches
u.s.w.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungs- sammlung
Z	Zeitschrift
z.B.	zum Beispiel
ZgGW	Zeitschrift für das gesamte Genossen- schaftswesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

- Ballerstedt, Kurt
Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963, 253 ff.
Handlungsunwert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, 1965, S. 179 ff.
- Bandasch, Georg
HGB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 1973
- Baur, Jürgen
Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR 134 (1970), 97 ff.
Genossenschaften und Kartellrecht, in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, 497 ff.
- Behrens, Friedrich-Stephan
Der Begriff des Geheimwettbewerbs, WRP 1974, 534 ff.
- Benisch, Werner
Einkaufsverbände und Kartellgesetz, in: Festschrift für Rolf Isay, 1956, S. 231 ff.
Kooperationsfibel des Bundesministers für Wirtschaft, 1963
Kooperationsfibel des Bundesministers für Wirtschaft, 1973
Rechtsgrundlagen der Gegengewichtsbildung, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. 3, 1966
10 Jahre Praxis des Bundeskartellamtes, in: 10 Jahre Kartellgesetz, 1968, S. 11 ff.
Die kartellrechtliche Bedeutung des Zwecks von Kooperationsverträgen, DB 1969, 247 ff.
Die kartellrechtliche Beurteilung der kooperativen Marktinformation, DB 1972, 1709 ff.
Die kartellfreie Kooperation nach der GWB-Novelle, 1973, WuW 1974, 69 ff.

- Benkendorf, G. Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1962, 313 ff.
Was ist unter Beeinflussung der Marktverhältnisse in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen?, WRP 1962, 146 ff.
- Beuthien, Volker Einkaufsgenossenschaften und Kartellverbot, DB 1977, Beilage 5/77, S. 1 ff.
- Bieling, Franz Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften, 1953
- Borchardt, Knut /
 Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957
- Bundeskartellamt Bericht 1960
- Bundeswirtschafts-
 ministerium Merkblatt über Kooperationserleichterungen, WRP 1975, 290 ff..
- Carell, Erich Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 14. Aufl., 1972
- Deppe, Hans Genossenschaften des Lebensmittel-einzelhandels und Kartellverbot, 1966
- Diederichs, Erich H. Die Wünsche der Einkaufsgenossen-schaften zum Kartellgesetz, MA 1955, 690 ff.
- Dörinkel, Wolfram Die Kooperationserleichterungen nach der Kartell-Novelle 1973, WuW 1973, 827 ff.
- Ebel, Hans-Rudolf Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1973, 1577 ff.
Der Zusammenschlußbegriff der Fusionskontrolle, BB 1974, 749 ff.
- Eickhof, Norbert Kooperation, Konzentration und funktionsfähiger Wettbewerb, Schriften zur Kooperationsforschung, Bd. 3, 1975

Emmerich, Volker

Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, in: Schriften zur Kooperationsforschung, Bd. 2, 1974
Wettbewerbsrecht, Eine Einführung, 1975

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum GWB, ZHR 139 (1975), 476 ff.

Emmerich, Volker /
Gansweid, Wolfgang

Die Problematik der Gemeinschaftsunternehmen, Anm. zu BGHZ 62, 193, JuS 1975, 294 ff.

Torsosyndikate und Kartellverbot - BGH NJW 1975, 1837, Jus 1976, 432 ff.

Eschenburg, Rolf

Ökonomische Theorie der genossenschaftlichen Zusammenarbeit, 1971

Genossenschaftstheorie als Konfliktstheorie, in: Theorie und Praxis der Kooperation, 1972, 55 ff.

Eucken, Walter

Grundlagen der Nationalökonomie, 7. Aufl., 1959

Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2. Aufl., 1955

Ewald, H.

Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?, WuW 1956, 253 ff.

Fikentscher, Wolfgang

Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958

Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, 680 ff.

Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB, WuW 1961, 788 ff.

Die Interessengemeinschaft, 1966

Zu Begriff und Funktion des "gemeinsamen Zwecks" im Gesellschafts- und Kartellrecht, in: Festschrift für Harry Westermann, 1974, S. 87 ff.

Fischer, Robert

Fragen aus dem Genossenschaftsrecht, NJW 1966, 480 ff.

- Fleischmann, Gerd Genossenschaften und Wettbewerb, ZgGW Bd. 22 (1972), 159 ff.
- Frey, Gerhard Die Beeinflussung der Marktverhältnisse im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, 17 ff.
- Futter, Werner Dogmatik und Methode, Josef Esser zum 65. Geburtstag, 1975
- Gabriel, Siegfried L. Genossenschaften und Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 2, 1960
- Galbraith, John Kenneth Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Kräfte, 1956
- Geisbüsch, Hans-Georg Marktungleichgewichte und Gegengewichtsbildung in der Wirtschaftswirklichkeit, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. 2, 1966
- Gleiss, Alfred /
 Bechthold, Reiner Das neue deutsche Kartellgesetz, BB 1973, 1142 ff.
- Gleiss, Alfred /
 Hootz, Christian Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26. 10. 1961, NJW 1962, 391
 Warenrückvergütung der Einkaufsgenossenschaften und Preisbindung, NJW 1965, 1357 ff.
- Grandpierre, Walter Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, 1972
- Grossfeld, Bernhard /
 Strümpell, Harald Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, 1976
- Günther, Eberhard Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 1957, 35 ff.
 10 Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, in: 10 Jahre Bundeskartellamt, 1968, S. 11 ff.
- Gutersohn, Alfred Marktungleichgewichte und Gegengewichtsbildung in der Wirtschaftswirklichkeit, in: Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. 2, 1966

- Halbey, Heinrich Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, Jura 1970, 34 ff.
- Hamann, A. Genossenschaftliche Zusammenschlüsse und Kartellverbot, WuW 1951/52, 209 ff.
- Hamann, G. Die Kartelle als besondere Organisation des Genossenschaftsgedankens, Kartellrundschau 1922, 618 ff.
- Hamm, Walter Wettbewerbswirkungen genossenschaftlicher Empfehlungen, in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, 465 ff.
- Hansen, Knut Ökonomische Theorie und wirtschaftliche Macht, WuW 1970, 655 ff.
- Hayek, Friedrich August von Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 1952
- Hefermehl, Wolfgang / Huber, Ernst Rudolf / Seidenfuß, Stefan Kooperative Marktinformation, 1967
- Henzler, Reinhold Die Genossenschaft, eine fördernde Betriebswirtschaft, 1957
- Hoeniger, Franz Die Genossenschaft als Rechtsform für Berufsverbände und Kartelle, Kartellrundschau 1933, 223 ff.
- Hoffmann, Dietrich Zur Gegenstands-, Zweck- und Folge-theorie in § 1 GWB, BB 1975, 628 ff.
- Hoppmann, Erich Zum Problem einer wirtschaftlich praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Bd. 48 (1968), S. 9 ff.
Die sog. Bagatellkartelle der "neuen Wirtschaftspolitik", DB 1970, 93 ff.
- Hübner, Klaus Außerrechtliche Einschränkungen des Kartellverbots, 1971
- Jäger, Armin Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1970

- Johannes, Hartmut Zum Begriff der Wettbewerbseinschränkung in Art. 85 Abs. 1 des EWG-Vertrages, AWD 1968, 409 ff.
- Kantzenbach, Erhard Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966
- Kartte, Wolfgang Kooperation in der Marktwirtschaft, BB 1969, 53 ff.
- Kaufmann, Heinz / Rautmann, Hans-Günther u.a. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurter Kommentar, ab 1958
- Kilian, Wolfgang Marktinformationsverfahren und Wettbewerbsbeschränkung, NJW 1974, 289 ff.
- Klaue, Siegfried Zum gemeinsamen Zweck in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1964, 538 ff.
- Klemann, Peter Das Management in Genossenschaften des Lebensmitteleinzelhandels, 1962
- Knöpfle, Robert Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966
- Kraft, Alfons Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963
- Kröger, Heinz Kooperation außerhalb des Kartellgesetzes, DB 1962, 1034 ff.
- Kühne, Karl Funktionsfähige Konkurrenz, 1958
- Kummer, Max Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, 1960
Rezension bei Fikentscher, RabelsZ, Bd. 26 (1961), 355 ff.
- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl. ab 1965
- Lang, Johann / Weidmüller, Ludwig Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 29. Aufl., 1971
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft 2. Aufl., 1969

- Lieberknecht, Otfried Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen?, MA 1958, 231 ff.
- Lieberknecht, Otfried / Gnauk, Herbert Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Personengesellschaften, BB 1963, 1067
- Lindenmayer, Fritz Die Rechtsprechung des BGH zum Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Dekartellierungsvorschriften, WuW 1953, 259 ff.
- Lüderssen, Klaus Erfahrung als Rechtsquelle, 1972
- Lukes, Rudolf Der Kartellvertrag, 1959
- Lutz, Friedrich A. Bemerkungen zum Monopolproblem, in: Ordo Bd. 8 (1956), S. 19 ff.
- Mahlmann, Wilfried Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, 1971
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Scholz, Rupert Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl., 1974
- Meyer, Emil Heinrich / Meulenbergh, Gottfried Genossenschaftsgesetz, 9. Aufl., 1961
- Mestmäcker, Ernst Joachim Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974
Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, 1963, S. 305 ff.
Literaturbesprechung, JZ 1955, 191
- Möhring, Philipp Buchbesprechung der 2. Auflage des Gemeinschaftskommentars, NJW 1964, 1360 f.
- Möschel, Wernhard Abschied von der Gegenstandstheorie, NJW 1975, 94 ff.
- Monopolkommission Gutachten 1977
- Müller, Klaus Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Bd. 1, 1976

- Müller, Heinz /
Gries, Gerhard /
Giessler, Peter
Kommentar zum GWB (Kartellgesetz),
2. Aufl., ab 1967
Kommentar zum GWB (Kartellgesetz),
3. Aufl., ab 1974 (gesondert gekennzeichnet)
- Müller-Henneberg, Hans /
Schwartz, Gustav
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar,
1. Aufl., seit 1958; 3. Aufl., seit 1972
- Neumann, Manfred
Konflikt- oder Harmonietheorie der Genossenschaften, ZgGW Bd. 23 (1973), 46 ff.
- Ohde, Thorsten
Genossenschaften und staatliche Kartellpolitik der Gegenwart in ökonomischer Sicht, ZgGW Bd. 4 (1954), 307 ff.
- Ohm, Hans
Die ökonomische Theorie der Genossenschaft als Ausgangsbasis für ihre Abgrenzung von Kartellen, ZgGW Bd. 2 (1952), 273 ff.
Die volkswirtschaftliche Problematik des "Kartellgesetz"-Entwurfs, in: Genossenschaften und "Kartellgesetz"-Entwurf, 1953
Die Genossenschaften und ihre Preispolitik, 1955
- Paulick, Heinz
Der Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das landwirtschaftliche Genossenschaftswesen, ZgGW Bd. 3 (1953), 30 ff.
Genossenschaftsrecht-Wettbewerbsordnung-Warenrückvergütung. Rezensionenabhandlung zu Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, ZHR 136 (1972), 305 ff.
- Paulsen, Andreas /
Schilcher, Rudolf
Allgemeine Volkswirtschaftslehre, Bd. 2, 1977
- Ponta, Wilhard
Lehrbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. 1, 1974
- Preuss, Ulrich
Mitgliederinteressen und Wachstum der Genossenschaften, 1969
- Rasch, Harold
Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1961, 79 ff.

- Rasch, Harold /
Westrick, Klaus
Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell-
und Monopolrecht, 3. Aufl., 1966
- Rauschenbach, Gerhard
Die besondere Bedeutung des Ver-
waltungsermessens und dessen richter-
liche Kontrolle bei Anwendung der
neuen Vorschriften, in: Auslegungs-
fragen zur 2. GWB-Novelle, 1973,
S. 61 ff.
- Rehbinder, Eckhard
Konzernaußenrecht und allgemeines
Privatrecht, 1969
- Riepert
Kartelle und Genossenschaften, in:
Bericht über den Kartelltag, 1925,
35 ff.
- Rinck, Gerd
Konzernrecht, in: Juristenjahrbuch,
1964/65, 121 ff.
Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., 1977
- Rittner, Fritz
Kooperation zwischen Gesellschafts-
und Kartellrecht, in: Theorie und
Praxis der Kooperation, 1972, 155 ff.
- Röpke, Wilhelm
Wettbewerb II, in: HdSW Bd. 12,
29 ff.
- Rupp, Hans-Heinrich
Das Urteil des Bundesverfassungsge-
richts zum Sammlungsgesetz - eine
Wende in der Grundrechtsinterpre-
tation des Art. 2 Abs. 1 GG?, NJW
1966, 2037 ff.
- Säcker, Franz-Jürgen
Die Genossenschaften im System des
deutschen und europäischen Kartell-
rechts, in: Archiv für öffentliche
und freigemeinnützige Unternehmen,
Bd. 9 (1971), 193 ff.
- Sandrock, Otto
Grundbegriffe des GWB, 1968
Kritische Bemerkungen zum Entwurf
für die zweite Kartellgesetznovelle,
WuW 1969, 205 ff.
Probleme der Gemeinschaftsunternehmen
nach Europäischem Kartellrecht, AWD
1970, 340 ff.
Die zweite Kartellnovelle: Die
Novellierung der §§ 1, 16, 17, 22 GWB,
BB 1973, 101 ff.
Kartellrecht und Genossenschaften, 1977

- Schmidt, Ingo Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, 699 ff.
- Schmitz, Werner G. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzeption, NJW 1957, 1704 ff.
Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089 ff.
- Schopp, Klaus Warenrückvergütung bei Genossenschaften und vertikale Preisbindung, 1964
- Schuhmacher, Wolfgang Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, ZHR 140 (1976), 317 ff.
- Siebert, Horst Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Teil 1, 5. Aufl., 1976
- Sölter, Arno Das Rabattkartell, 1955
Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung 1960
Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, MA 1961, 337 ff.
Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage, WuW 1968, 317 ff.
Wie beurteilt die Industrie die zweite Kartellgesetznovelle?, WRP 1972, 53 ff.
Nachteilsausgleichung für mittelständische Unternehmen, WuW 1974, 657 ff.
- Soergel, Hans Theodor /
 Siebert, Wolfgang Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl., 1967
- Sors, Rüdiger Genossenschaften und Wettbewerb, 1968
- Spengler, Albrecht Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, 1960
Die Vertragslizenz und § 20 GWB, WuW 1964, 907 ff.

- Stegemann, Klaus Workable Competition nach 20 Jahren. Bemerkungen zu einem Buch von Maurice Clark, in: Hamburger Jahrbuch der Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 1964, 237 ff.
- Steindorf, Ernst Zur Novellierung des Kartellrechts, BB 1970, 824 ff.
Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Larenz, 1973
- Staudinger, Julius von Kommentar zum BGB, Bd. 1, 11. Aufl., 1957
- Stuhr, Hans-Jürgen Verletzung des Kartellverbots durch Marktinformationsverfahren, WRP 1973, 505 ff.
- Tuchfeldt, Egon Instrumente der Wettbewerbspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 2, 4. Aufl., 1975
- Walther, Uwe Finanzierung und Wachstum von Genossenschaftsbetrieben, 1972
- Weisser, Gerhard Sind die Genossenschaften reformbedürftig?, ZgGW Bd. 5 (1955), 200 ff.
Genossenschaften und Konzentration, in: Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 1, 1960, S. 459 ff.
- Westermann, Harry Die rechtliche Problematik des "Kartellgesetz"-Entwurfs, in: Genossenschaften und "Kartellgesetz"-Entwurf, 1953
Genossenschaften und deutsche staatliche Kartellpolitik der Gegenwart in rechtlicher Hinsicht, ZgGW Bd. 4 (1954), 297 ff.
Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, 1956
Die Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Genossenschaften, in: Rechtsprobleme der Genossenschaften, 1969, S. 77 ff.
- Wiedemann, Herbert Rechtssicherheit - ein absoluter Wert?, Gedanken zum Bestimmtheitserfordernis zivilrechtlicher Tatbestände, in: Festschrift für Larenz, 1973, S. 199 ff.

Wöhe, Günter

Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 11. Aufl., 1975

Wolff, Jürgen

Wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Gründung gemeinsamer Produktionsunternehmen und ihre Beurteilung nach den §§ 1, 23 GWB, BB 1966, 920 ff.

Übersicht über den Meinungsstand

Diese Arbeit befaßt sich mit der Frage, ob Gründungsverträge von eingetragenen Erwerbsgenossenschaften, in denen den Mitgliedern keine wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen auferlegt werden, als Kartellverträge unter § 1 GWB fallen können ¹⁾. Gegenstand dieser Arbeit sind nur Erwerbsgenossenschaften, also Genossenschaften, deren Mitglieder Unternehmer sind, nicht dagegen Wirtschaftsgenossenschaften, da hier die Genossen für ihre privaten Haushalte handeln ²⁾. Kartellrechtliche Relevanz können nämlich nur Vereinbarungen zwischen Unternehmen haben (§ 1 GWB).

Im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung werden zwei große Gruppen von Genossenschaftsverträgen unterteilt ³⁾: Genossenschaftsverträge, die den Mitgliedern wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen auferlegen, und diejenigen, die keine derartigen Verpflichtungen enthalten. Die letzte Gruppe der Genossenschaftsverträge wird in dieser Arbeit behandelt.

1. Die Frage, unter welchen Umständen ein Genossenschaftsvertrag ein Kartellvertrag sein kann, ist seit

1) Häufig wird statt dessen die Formulierung gebraucht, ob Genossenschaften Kartelle sind; vgl. Bieling, Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften, Titel; weiterhin Fleischmann ZgGW 22 (1972), 159.

2) Vgl. Müller GenG § 1 Rdn. 25.

3) Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 1 f.

langem umstritten ⁴⁾. Die Diskussion war anfänglich dadurch gekennzeichnet, daß ein Teil der Literatur in dem Genossenschaftsrecht einen Sondertatbestand zur damaligen Kartellverordnung sah. Auch ein Genossenschaftsvertrag, der gegen die Verordnung verstieß, konnte danach zulässig und wirksam sein ⁵⁾. Deshalb wurden auch Bezugs- und Absatzverpflichtungen für rechtmäßig angesehen ⁶⁾.

2. Seit etwa 20 Jahren hat sich diese Diskussion über Genossenschafts- und Wettbewerbsrecht auf einen anderen Schwerpunkt verlagert. Die Lösung des Konflikts wird seitdem nicht mehr in einer speziellen Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete gesehen, sondern in einer mehr oder weniger weiten Auslegung des § 1 GWB gesucht. Das Ergebnis, das sich dabei nach dem GWB ergibt, entscheidet über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Genossenschaftsvertrages. Bei den ge-

4) Schon seit 1920 wurde die Frage lebhaft diskutiert. Vgl. Hamann, Kartellrundschaue 1922, 618 ff.; Riepert, Bericht über den Kartelltag, 1925, 35 ff.; Hoeniger, Kartellrundschaue 1933, 223 ff.

5) Vgl. Bieling a.a.O. S. 76.

6) Dies wurde mit den gesamtwirtschaftlich positiven Auswirkungen der Genossenschaften begründet. Insbesondere in den Jahren 1950-1956 stellte man darauf in besonderem Maße ab. Die bedeutendsten in diesen Jahren erschienenen Werke sind: Bieling, Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften; Klein, Seraphim, Ohm, Westermann, Paulick, Genossenschaften und "Kartellgesetz"-Entwurf. Daneben gab es eine Reihe von weiteren Abhandlungen: Hamann WuW 1951/52, 209 ff.; Ohm ZgGW 1952, 273 ff.; Diedrichs MA 1955, 690 ff.; Westermann, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf; Günther MA 1957, 35 ff.

setzlichen Beratungen zum GWB wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, daß den Genossenschaften kein Sonderstatus einzuräumen sei ⁷⁾.

Während Genossenschaftsverträge mit wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen heute nach nahezu übereinstimmender Ansicht als Kartellverträge angesehen werden ⁸⁾, ist die Beurteilung von Genossenschaftsverträgen ohne derartige Verpflichtungen lebhaft umstritten. Auch diese Arbeit befaßt sich in ihrem Schwerpunkt mit der Frage, ob Genossenschaften per-se-Kartelle sein können.

Es wird die Ansicht vertreten, daß auch Genossenschaftsverträge ohne wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllen können und damit unwirksam sind. Das Problem besteht darin, ob der gemeinsame Bezug der Genossen über die Genossenschaft

7) Vgl. Müller-Gries-Giessler § 1 Rdn. 1 und 6 GWB. Ausdrücklich gegen eine Sonderstellung der Genossenschaften auch Westermann, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, S. 19; derselbe, Rechtsprobleme der Genossenschaften, S. 80; Lang-Weidmüller, GenG § 1 Anm. 13; Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 22; Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 2; zuletzt mit ausführlicher Begründung Beuthien ZHR 142 (1978), S. 259 ff. (260 ff.).

8) Vgl. Lang-Weidmüller, GenG § 1 Anm. 13; Westermann a.a.O. (Anm. 7); Günther MA 1957, 35 ff. (44); Grossfeld-Strümpell a.a.O. S. 11 ff.; vgl. auch Jäger, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 105; Hefermehl in: Kooperative Marktinformation, S. 18; Frankfurter Kommentar § 1 Anm. 26; Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 2.

als wettbewerbswidriges Gleichverhalten anzusehen ist ⁹⁾. Dadurch ist die Genossenschaft in der Lage, dritten Marktteilnehmern gegenüber eine Macht auszuüben, die diese beeinträchtigt. Das in dieser Arbeit zu erörternde Problem ist, ob der gekennzeichnete Tatbestand als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB zu beurteilen ist.

Zur Auslegung von § 1 GWB werden die sogenannte Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie herangezogen. Diese Theorien haben für Genossenschaften wichtige Auswirkungen. Der Streit geht darum, in welcher Beziehung das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerbsbeschränkung" zu den anderen Tatbestandsmerkmalen des § 1 GWB steht. Bis in die letzte Zeit wurde dabei fast übereinstimmend die Gegenstandstheorie vertreten, nach der ein Vertrag nur dann unter § 1 GWB fällt, wenn er eine Wettbewerbsbeschränkung beinhaltet, indem er die Parteien zu einem bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten verpflichtet. Genossenschaftsverträge waren danach so lange wirksam, als sie keinen Bezugs- oder Absatzzwang enthielten, dagegen immer dann unwirksam,

9) Nur das Wettbewerbsverhältnis der Genossen untereinander oder zur vorgelagerten Marktstufe kann zur Wettbewerbsbeschränkung und damit zur Kartelleigenschaft der Genossenschaft führen. Gegenüber der nachgelagerten Verbraucherstufe kann eine Einkaufsgenossenschaft keine die Kartelleigenschaft begründende Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen (Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 1 ff. (8)), denn soweit die Genossenschaft durch gemeinsame Preisempfehlungen, Reklame u.ä. bewirkt, daß die Genossen den Verbrauchern gegenüber einheitlich auftreten, ist das eine speziell nach § 38 GWB zu beurteilende Frage.

wenn dieser vorhanden war ¹⁰⁾. Im wesentlichen gewährte diese Meinung den Genossenschaften eine vom GWB weitgehend freigestellte Existenz.

Nach der in neuerer Zeit vertretenen Zwecktheorie ¹¹⁾ und insbesondere der Folgetheorie ¹²⁾ wird § 1 GWB weiter ausgelegt. Beide Ansichten verlangen nicht mehr, daß die Wettbewerbsbeschränkung Vertragsinhalt ist; nach der zuerst genannten reicht es aus, daß sie bezweckt wurde, nach der Folgetheorie, daß sie objektiv eintritt. Dabei sieht es diese Theorie bereits als wettbewerbsbeschränkend an, daß eine Genossenschaft durch den gemeinschaftlichen Bezug ihrer Mitglieder eine verstärkte Nachfragemacht ausüben kann ¹³⁾. Sobald Genossenschaften eine gewisse Marktmacht er-

10) Vgl. oben Fn. 8.

11) Insbesondere Fikentscher WuW 1960, 680 f.; derselbe, Die Interessengemeinschaft, S. 42; derselbe in: Festschrift für Harry Westermann, S. 87 ff.

12) Vertreter der Folgetheorie sind insbesondere: Gabriel, Die Konzentration in der Wirtschaft, S. 483 ff.; Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 57 ff.; Säcker, Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), S. 193 ff.; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB; derselbe, Wettbewerbsrecht, S. 37 ff.; Emmerich-Gansweid JuS 1976, 432, 436; Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 243 ff.; derselbe, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 32 ff.; Möschel NJW 1975, 94 ff.; Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 142 ff.; Sondergutachten der Monopolkommission, 1977, Tz. 185; Kappuhne, Wettbewerbsbeschränkungen durch Vertrag, - Gegenstands- oder Folgetheorie -.

13) Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 34; Säcker a.a.O. S. 199; Mahlmann a.a.O. insb. S. 102.

reicht haben, sind sie nach dieser Theorie Kartelle ¹⁴⁾. Wirksamkeit kann der Genossenschaftsvertrag dann nur über § 5 b GWB erlangen ¹⁵⁾. Die neuere Rechtsprechung hat die bisher vertretene Gegenstandstheorie verlassen und sich der Zwecktheorie angenähert ¹⁶⁾; einzelne Ausführungen sprechen sogar für die Folgetheorie ¹⁷⁾.

3. Während nach der Folgetheorie fast alle Genossenschaftsverträge unter § 1 GWB fallen, vertritt eine ebenfalls neuere, jedoch auch allein am GWB orientierte Auslegung die Ansicht, Genossenschaften könnten niemals Kartelle sein, weil sie als Gemeinschaftsunternehmen unter den 1973 eingeführten § 23 Abs. 2 GWB

14) Die Kartelleigenschaft von Genossenschaften auch ohne vertraglichen Bezugs- und Absatzzwang bejahen: Arndt BB 1977, 1377 ff.; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen aufgrund des reformierten GWB, S. 20 ff.; Emmerich-Gansweid JuS 1976, 432 ff. (436); Gabriel in: Die Konzentration in der Wirtschaft, S. 483 ff.; Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 57 ff.; Säcker in: Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), S. 193 ff.; Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, 32 ff. Dagegen: Beuthien DB 1977, Beilage 5/77; Deppe, Genossenschaften des Lebensmitteleinzelhandels und Kartellverbot; Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 17 ff.; Langen-Niederleithinger-Schmidt, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen § 1 Anm. 60; Meier ZHR 142 (1978), S. 124 ff.; Neumann ZgGW Bd. 27 (1977), S. 366 ff.; Schnorr von Carolsfeld in: Festschrift für Konrad Duden, 1977, S. 583 ff.; Steindorff, Sind Handelsgenossenschaften Kartelle?; differenzierend, aber gegen eine per-se-Kartelleigenschaft von Genossenschaften auch Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 166 und 172.

15) Ausführlich dazu Grossfeld-Strümpell a.a.O. S. 31 ff.

16) BGH WRP 1975, 665 ff. = NJW 1975, 1837 ff.; BGH NJW 1975, 788 = BB 1975, 342 = WuW/E BGH 1337.

17) KG WuW/E OLG 1487, 1493.

fielen, der dem § 1 GWB vorgehe 18).

Dies ist der im wesentlichen heute vertretene Meinungsstand zu der Frage, ob Genossenschaften ohne Bezugs- und Absatzzwang per-se-Kartelle sein können.

4. Diese Arbeit soll zeigen, daß Einkaufs- und Absatzgenossenschaften nicht unter § 23 GWB fallen, sondern nach § 1 GWB zu beurteilen sind. Zur Gewährleistung eines umfassenden Wettbewerbsschutzes ist diese Vorschrift weit auszulegen. Trotzdem sind Genossenschaften ohne Bezugs- und Absatzzwang wegen ihrer strukturell wettbewerbsfördernden Wirkung in der Regel nicht als Kartelle anzusehen.

18) So schon Baur in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, 497 ff. (519 f., 522) und Steindorff BB 1970, 824 ff. (827) zu einer Zeit, als sich der neue § 23 GWB noch im Stadium des Referentenentwurfs befand; weiterhin wird diese Ansicht vertreten von Ebel NJW 1973, 1577 f. und Rauschenbach in: Auslegungsfragen zur 2. GWB-Novelle, S. 61 ff. (66 ff.). Unter bestimmten Voraussetzungen bejahend auch Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 166 ff. Gewisse Sympathie mit diesem Gedanken äußert Beuthien DB 1978, 1625 ff. (1631) für Genossenschaften mit zentraler Willensbildung, die er weniger als kooperative als als konzentriative Gebilde ansehen möchte.

A. Der Konflikt zwischen Genossenschafts- und Wettbewerbsrecht

Früher wurde von manchen die Ansicht vertreten, Genossenschaften hätten kraft Gesetzes einen wettbewerbsrechtlichen Sonderstatus. Hergeleitet wurde diese Ansicht aus der besonderen Wirkungsweise der Genossenschaften (I), zum anderen aus der Existenz des Genossenschaftsrechts (II).

I. Besondere Wirkungsweise der Genossenschaft

Eine weitgehende Freistellung der Genossenschaften vom GWB wurde teilweise mit der besonderen Wirkungsweise der Genossenschaften begründet. Es wurde darauf hingewiesen, Genossenschaften könnten deshalb keine Kartelle sein,

- weil es sich bei ihnen nicht um erwerbswirtschaftliche Unternehmen handelt, sondern um bedarfswirtschaftlich orientierte Selbsthilfe- und Existenzsicherungsorganisationen ¹⁾,
- weil die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs von ihnen nicht beeinträchtigt, sondern gefördert wird ²⁾,

1) Ohm ZgGW Bd. 2 (1952), 273 ff.; Weisser ZgGW Bd. 5 (1955), 200 ff. (208); Henzler, Die Genossenschaft, eine fördernde Betriebswirtschaft, S. 215 ff.; später Deppe, Die Genossenschaften des Lebensmitteleinzelhandels und Kartellverbot.

2) Nachweise bei Säcker, Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), S. 207.

- weil sie als Zusammenfassung kleiner Unternehmen ein Gegengewicht zu den großen darstellen und aus diesem Grunde den Wettbewerb fördern ³⁾.

Diese Gesichtspunkte rechtfertigen jedoch keinen Sonderstatus der Genossenschaften, kraft dessen sie ohne weiteres aus dem Anwendungsbereich des GWB ausgenommen sind. Sie können nur im Rahmen des § 1 GWB Berücksichtigung finden. Nur innerhalb dieser Vorschrift kann geprüft werden, ob die Wirkungsweise der Genossenschaften dazu führt, daß eines der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB als nicht erfüllt anzusehen ist ⁴⁾.

II. Genossenschaftsrecht als Spezialregelung

Zum anderen wurde teilweise versucht, dem Genossenschaftsgesetz spezialgesetzlichen Charakter gegen-

3) Ohm in: Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf, S. 3 f.; für Anerkennung der Gegenmacht weiterhin Weisser, Konzentration, Bd. 1, S. 459 ff. (480). Allgemein das Gegenmachtprinzip bejahend: Benisch in: Das Gegenmachtprinzip in der Wirtschaftsordnung, Bd. 2, S. 61 ff.; Gutersohn, ebenda, S. 163 ff. (187 ff.); weitere Ansichten unten S. 120 f.

4) Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, daß Einkaufsmacht und damit Einkaufsgenossenschaften nicht deshalb nach dem GWB privilegiert sind, weil sie auf dem Einkaufssektor tätig werden. Das GWB gilt grundsätzlich in gleicher Weise für den Einkaufssektor für den Verkaufssektor; dies folgt z.B. aus § 5 GWB, der besondere Erlaubnisvorschriften für Einkaufssyndikate und Importkartelle vorsieht, sowie aus § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, der das Diskriminierungsverbot auch auf marktbeherrschende Nachfrager erstreckt.

über dem GWB beizumessen, so daß es eine Rechtfertigung für Wettbewerbsbeschränkungen darstellen kann ⁵⁾.

Diese Ansicht wird heute überwiegend mit Recht abgelehnt; eine Stellung als spezialgesetzliche Regelung kann dem Genossenschaftsgesetz gegenüber dem GWB deshalb nicht zukommen, da beide unterschiedliche Regelungsgehalte haben. Das Genossenschaftsgesetz ist ebenso wie das GmbH- und Aktiengesetz ein Organisationsgesetz, das die Aufgabe hat, die Rechtsform der Genossenschaft in ihrer innerbetrieblichen Organisation und in ihrer Stellung im Rechtsverkehr zu regeln. Dagegen hat das GWB die Aufgabe, das Wettbewerbsverhalten der einzelnen Unternehmen am Markt zu ordnen. Insofern haben beide Gesetze verschiedene Funkti-

5) Vgl. oben S. 1 Fn. 5; ausführlich hatte Spengler, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 41 f. und WuW 1964, 907 ff. (911) noch einmal versucht, im Genossenschaftsrecht eine Rechtfertigung für Wettbewerbsbeschränkungen zu sehen. Seine Vorstellungen wurden übereinstimmend abgelehnt: Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 319 f.; bereits vorher: Westermann, Rechtsprobleme der Genossenschaften, S. 47 ff. (81); derselbe, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, S. 19; vgl. Hübner, Außerrechtliche Einschränkungen des Kartellverbots, S. 30 ff. Dieser Gedanke wurde in letzter Zeit von Schnorr von Carolsfeld in: Festschrift für Duden, S. 583 ff. (593 f.) wieder aufgegriffen. Danach haben Genossenschaften mit Bezugs- und Absatzzwang einen wettbewerbsrechtlichen Sonderstatus, soweit sie "unzweideutig lediglich der Erhaltung selbständiger Persönlichkeiten dienen" und "nicht nur die materielle Besserstellung der Mitglieder erstreben". Dagegen mit Recht Beuthien ZHR 142 (1978), S. 269 Fn. 25.

onen ⁶⁾. Deshalb kann das Genossenschaftsgesetz keine Spezialregelung im Verhältnis zum GWB darstellen. Anderenfalls würde sich durch die Gründung einer Genossenschaft die ideale Möglichkeit zur Umgehung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften eröffnen ⁷⁾.

Dieser Grundsatz könnte freilich dann nicht gelten, wenn jede Erwerbsgenossenschaft eo ipso den Tatbestand eines Kartells im Sinne des § 1 GWB erfüllen würde. In diesem Fall würde es einen rechtlich unhaltbaren Widerspruch bedeuten, wenn die Rechtsordnung die Rechtsform der Erwerbsgenossenschaft durch das Genossenschaftsgesetz zur Verfügung stellen würde, die ihrerseits durch das GWB verboten würde ⁸⁾. Für die Frage, ob für das Verhältnis zwischen dem Genossenschaftsgesetz als Organisationsrecht und dem GWB als Wettbewerbsrecht die gleiche Beziehung anzunehmen ist, wie dies für andere Organisationsrechte wie das Aktien- und GmbH-Gesetz zu gelten hat, kommt es somit darauf an, inwieweit der Tatbestand der Erwerbsgenossenschaft als solcher durch § 1 GWB erfaßt ist, also mit anderen Worten, ob eine Erwerbsgenossen-

-
- 6) Vgl. Schopp, Warenrückvergütung bei Genossenschaften und vertikale Preisbindung, S. 65; Grandpierre, Wettbewerbsbeschränkungen zwischen verbundenen Unternehmen, S. 23 f.; der BGH hat diese Grundsätze in bisher zwei Entscheidungen anerkannt: WuW/E BGH 1313 (Stromversorgungsgenossenschaft); BGH WM 1977, 1257 (Taxigenossenschaft).
- 7) Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen S. 22, 24; BGH WuW/E 1313, 1315; Benthien ZHR 142 (1978), S. 260, 262 f.
- 8) Vgl. dazu auch Sors, Genossenschaften und Wettbewerb, S. 132 f.; Rasch WuW 1961, 85.

schaft ein per-se-Kartell ist. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Genossenschaften kommt eine Heranziehung des Genossenschaftsrechts deshalb nur dann in Betracht, wenn sich bei der Subsumtion unter § 1 GWB ergeben sollte, daß auch Genossenschaften ohne Bezugs- und Absatzpflicht ihrer Mitglieder als per-se-Kartelle unter diese Vorschrift fallen.

B. Genossenschaften als Gemeinschaftsunternehmen

I. Der Anwendungsbereich des § 23 GWB

Vor der Subsumtion unter § 1 GWB ist zu untersuchen, ob der Gründungsvertrag einer Genossenschaft § 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 GWB unterfällt ¹⁾. Ist das der Fall, so könnte u.U. nicht mehr auf die Vorschrift des § 1 GWB zurückgegriffen werden ²⁾. Eine für das Thema wichtige Frage ist daher, ob der Zusammenschluß zu einer Genossenschaft sich nach § 1 oder § 23 GWB beurteilt. Die Rechtsfolgen beider Vorschriften unterscheiden sich erheblich:

1. Zusammenschlüsse, die unter § 23 GWB fallen, sind grundsätzlich gestattet. Nur sofern die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 GWB oder § 23 Abs. 3 GWB erfüllt sind und zusätzlich eine der Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB gegeben ist, ist

1) In diese Richtung bewegt sich die Argumentation von Baur in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, S. 497 ff. (519 f., 522), der aus den positiven Eigenschaften der Einkaufsgenossenschaften schließen will, daß es sich bei ihnen um einen Vorgang der Konzentration handelt, wodurch seiner Ansicht nach der § 1 GWB von vornherein ausgeschlossen ist; vgl. ferner die Übersicht auf S. 7, Fn. 18.

2) Vgl. dazu Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 26 und Steindorff BB 70, 824 ff. Soweit der Ausschluß des § 1 GWB bejaht wird, wird er nach h.M. nicht mit dem Rechtsinstitut der Spezialität, sondern der Alternativität begründet. Überzeugend hat Huber, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 17 nachgewiesen, daß der Grundsatz der Spezialität keine Anwendung finden kann, da § 23 GWB keinen Spezialfall von § 1 GWB darstellt. Nur der Grundsatz der Alternativität kann daher rechtfertigen, daß Zusammenschlüsse i.S.d. § 23 GWB nicht nach § 1 GWB unwirksam sein können.

eine Anzeige erforderlich. Nur unter ganz beschränkten Voraussetzungen können derartige Zusammenschlüsse verboten werden. Dies ist gemäß § 24 GWB nur möglich, wenn durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.

Würde der Gründungsvertrag einer Genossenschaft allein nach dieser Vorschrift beurteilt werden, so wären Genossenschaften wettbewerbsrechtlich unbegrenzt zulässig, da sie infolge ihrer hohen Mitgliederzahl (mindestens 7, § 4 GenG) nicht das nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 GWB erforderliche Beteiligungsverhältnis erreichen würden.

2. Konträr ist demgegenüber die Vorschrift des § 1 GWB, die wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen Unternehmen regelt. Während die nach § 23 GWB zu beurteilenden Verträge grundsätzlich zulässig sind, sind die unter § 1 GWB fallenden grundsätzlich unwirksam³⁾. Geltung können sie nur unter ganz bestimmten eingeschränkten Voraussetzungen erlangen.

Fällt der Gründungsvertrag einer Genossenschaft unter diese Vorschrift, so ist er aus wettbewerbsrechtlichen Gründen unwirksam.

3) Es gilt im deutschen Recht das sog. Verbotsprinzip. Eine generelle Verbotsgesetzgebung gibt es neben der Bundesrepublik Deutschland nur in den USA, Kanada und im EWG-Recht (Tuchfeld in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 183). Die anderen Länder vertreten das sog. Mißbrauchsprinzip; vgl. dazu im einzelnen Müller-Gries-Giessler § 1 Rdn. 10 ff.

II. Die Fälle der Konzentration

Drei Fälle der Konzentration sind voneinander zu unterscheiden: Die Fusion (1), der Konzern (2) sowie zusätzlich heute das Gemeinschaftsunternehmen (3).

1. Bei der Fusion kommen zwei Formen in Betracht:

- Die Verschmelzung durch Aufnahme, bei der die übertragende Gesellschaft ihr Vermögen als Ganzes auf die übernehmende Gesellschaft überträgt (§ 339 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG, § 93 a Abs. 1 GenG); bei dieser Form erlischt die übertragende Gesellschaft mit der Eintragung der Verschmelzung im Handels- oder Genossenschaftsregister (§ 346 Abs. 4 Satz 1 AktG, § 93 e Abs. 2 Satz 1 GenG), während die übernehmende bestehen bleibt.
- Die Verschmelzung durch Neubildung, bei der eine neue Gesellschaft gebildet wird, auf die das Vermögen jeder der sich vereinigenden Gesellschaften als Ganzes übergeht (§ 339 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG, § 93 s Abs. 1 GenG). Mit der Eintragung der neuen Gesellschaft erlöschen die sich vereinigenden Gesellschaften (§ 353 Abs. 6 Satz 1 AktG, § 93 s Abs. 3 Satz 3 GenG), nur die neue besteht fortan.

Kennzeichen der Fusion ist somit, daß zumindest ein Unternehmen seine rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit verliert.

2. Der Konzern stellt die Zusammenfassung eines herrschenden und eines oder mehrerer abhängiger Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens dar (§ 18 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die rechtliche Selbständigkeit bleibt erhalten (§ 18

Abs. 2 AktG), die wirtschaftliche Unabhängigkeit geht verloren, da das herrschende Unternehmen dem Vorstand des abhängigen Unternehmens Weisungen erteilen darf (§ 308 Abs. 1 AktG), die dieser befolgen muß (§ 308 Abs. 2 Satz 1 AktG). Beibehaltung der rechtlichen, Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit sind damit die Kennzeichen des Konzerns.

Der Zusammenschluß von Personen zu einer Genossenschaft fällt unter keinen der beiden Fälle. Die einzelnen Genossen verlieren weder ihre rechtliche noch ihre wirtschaftliche Selbständigkeit, so daß mangels Vollintegration der Zusammenschluß zu einer Genossenschaft vor 1973 nicht als Fall der Konzentration angesehen wurde ⁴⁾.

3. Durch die Gesetzesänderung im Jahre 1973 wurde in § 23 GWB ein weiterer Fall der Konzentration, die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, aufgenommen. Dieses liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ein neues Unternehmen gründen, das eine selbständige wirtschaftliche Einheit darstellt ⁵⁾.

Die Gründungsunternehmen behalten bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ihre rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit. Während beim Konzern und bei der Fusion der gesamte Tätigkeitsbereich der ehemals selbständigen Unternehmen zusammengefaßt und unter eine einheitliche Leitung gestellt wird, wird

4) Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 111.

5) Müller-Gries-Giessler a.a.O.

dem Gemeinschaftsunternehmen von den Gründerunternehmen, den sogenannten Muttergesellschaften, nur ein Teilbereich der unternehmerischen Tätigkeit überlassen und einer gemeinsamen Führung unterstellt⁶⁾. Die Zusammenarbeit, die vorher als Kooperation angesehen wurde, hat das neue Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB als einen Fall der Konzentration bezeichnet. Der Regierungsentwurf spricht insoweit ausdrücklich von einer Teilfusion⁷⁾. Wichtig ist, ob Genossenschaften ein solches Gemeinschaftsunternehmen sind.

III. Die Voraussetzungen des Gemeinschaftsunternehmens

1. Aus den Worten "anderes Unternehmen" folgt, daß sich die Zusammenarbeit der Gründerunternehmen darauf erstrecken muß, eine neue Unternehmenseinheit zu schaffen. Dieses Unternehmen muß eine eigene Organisation haben⁸⁾, dem innerbetrieblichen Geschäftsablauf eine gesonderte Wirtschaftsplanung zugrunde legen und eine eigenständige Personalpolitik betreiben. Bestehen die Aufgaben des neuen Unternehmens nur darin, daß es Produktionsquoten, Verkaufspreise und

6) Ebel BB 1974, 749 ff. (755).

7) Regierungsbegründung, BT-Drucksache 6/2520, S. 27.

8) Ebel a.a.O.; dagegen ist nach allgemeiner Ansicht nicht erforderlich, daß das neue Unternehmen einen selbständigen Bezug zum Markt hat (so aber Kleinmann-Bechtold § 23 Rdn. 92). Gegen das Erfordernis der Marktbezogenheit spricht, daß hier ohne Erfordernis vom normalen Sprachgebrauch abgewichen wird.

ähnliches festlegt und damit über die kartellmäßige Zusammenarbeit nicht hinausgeht, so liegt kein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne des § 23 GWB vor⁹⁾. Kartellmäßige Zusammenschlüsse sollen durch die neue Vorschrift nicht ermöglicht werden.

Die Eigenschaft "anderes Unternehmen" ist bei Genossenschaften gegeben. Eine eingetragene Genossenschaft setzt gemäß § 1 GenG einen gemeinschaftlichen, das heißt, einen von den Einzelwirtschaften der Genossen gesonderten Geschäftsbetrieb voraus. Sie selbst ist Trägerin einer eigenen Unternehmensorganisation¹⁰⁾. Die neue Unternehmenseinheit, die von den Unternehmen oder Haushalten der Mitglieder verselbständigt ist, führt die von ihr übernommenen Aufgaben in eigener Verantwortung durch.

2. Streitig ist, ob die in § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 a) iVm. Satz 3 GWB erwähnte 25%ige Beteiligung eine Voraussetzung für die Existenz eines Gemeinschaftsunternehmens ist:

a. Nach einer teilweise vertretenen Ansicht liegt ein Gemeinschaftsunternehmen nur vor, wenn **a l l e** beteiligten Unternehmen eine Mindestbeteiligung in der angegebenen Höhe aufweisen¹¹⁾. Konsequenz dieser Ansicht ist, daß der § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB bei Beteiligung von mehr als vier Gesellschaftern nie zur Anwendung kommen kann, weil mindestens zwei

9) Ebel a.a.O.

10) Müller, GenG § 1 Rdn. 37

11) Ebel a.a.O. S. 754 f.

keine 25%ige Beteiligung aufzuweisen haben ¹²⁾. Genossenschaften können nach dieser Meinung niemals Gemeinschaftsunternehmen sein, da die Mindestzahl ihrer Mitglieder sieben (§ 4 GenG) beträgt ¹³⁾, somit die 25%ige Beteiligung nicht von jedem einhaltbar ist.

b. Nach a.A. ist der Begriff des Gemeinschaftsunternehmens teilbar ¹⁴⁾. Auch diese Meinung geht davon aus, daß von einem Gemeinschaftsunternehmen nur bei Vorliegen einer 25%igen Beteiligung gesprochen werden kann. Dieses soll aber nur für diejenigen gegeben sein, die dieses Beteiligungsverhältnis aufbringen.

c. Richtigerweise ist die 25%ige Beteiligung nicht als Voraussetzung für ein Gemeinschaftsunternehmen anzusehen. Ausreichend muß sein, daß ein neues Unternehmen in eigener Verantwortung einen gesonderten Geschäftsbereich übernimmt ¹⁵⁾. Schon vor der Gesetzesänderung im Jahre 1973 fiel darunter jedes selbständige Unternehmen, das von mehreren gegründet wurde ¹⁶⁾. Auch ohne 25%ige Beteiligung kann die

12) Vgl. Ebel a.a.O.

13) Bei geringerer Anzahl als sieben Genossen darf eine Genossenschaft nicht ins Genossenschaftsregister eingetragen werden, beim Absinken unter diese Anzahl ist die Genossenschaft von Amts wegen aufzulösen; eine nicht eingetragene Genossenschaft ist automatisch aufgelöst (Müller, GenG § 4 Rdn.3f.).

14) Frankfurter Kommentar § 23 Rdn. 54.

15) So gehen z.B. auch Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 26, davon aus, daß es sich bei Genossenschaften um Gemeinschaftsunternehmen handelt.

16) Vgl. etwa Benisch, Kooperationsfibel 1963, S. 225.

Gründung eines neuen Unternehmens in den Bereich der Konzentration fallen. Die festgelegte 25%ige Beteiligung spielt nur eine Rolle für die Frage der Anzeigepflicht. Werden Anteile in dieser Höhe übernommen, so besteht sie, in den anderen Fällen nicht.

Genossenschaften erfüllen damit alle Voraussetzungen eines Gemeinschaftsunternehmens. Nach den bisherigen Ausführungen wäre davon auszugehen, daß sie heute in § 23 GWB geregelt sind. Geht man davon aus, daß diese Vorschrift die Anwendung des § 1 GWB ausschließt ¹⁷⁾, so könnte der Gründungsvertrag einer Genossenschaft kein Kartellvertrag sein. Mit dieser Begründung wird von einigen Autoren die generelle Freistellung der Genossenschaften von § 1 GWB bejaht ¹⁸⁾. Gleichzeitig bestünde auch keine Anzeigepflicht nach § 23 GWB, da die Genossen nicht das erforderliche Beteiligungsverhältnis aufweisen können.

IV. Die Unterteilung der Gemeinschaftsunternehmen

1. Die Ansicht, daß der Gründungsvertrag eines Gemeinschaftsunternehmens und damit auch einer Genossenschaft generell von § 1 GWB freigestellt ist, kann nicht richtig sein. Dies folgt aus § 5 Abs. 3 GWB.

17) Vgl. oben S. 13.

18) Ebel NJW 1973, 1577 f.; Rauschenbach in: Auslegungsfragen zur 2. GWB-Novelle, S. 61 ff. (66 ff.); ähnlich Baur in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, S. 519 f., 522.

In dieser Vorschrift ist eine Regelung bezüglich gemeinsamer Beschaffungs- und Vertriebsorganisationen (Syndikat) getroffen. Ein derartiges Beschaffungs- und Vertriebssyndikat führt einen gesonderten Geschäftsbereich in eigener Verantwortung und ist somit ein Gemeinschaftsunternehmen. Nach der oben dargestellten Ansicht würde es unter § 23 GWB fallen, der die Anwendung des § 1 GWB ausschließen würde. Der Gesetzgeber hat aber deutlich gemacht, daß er diesen Fall nach wie vor als Kartell ansieht, denn § 5 Abs. 3 GWB stellt eine Ausnahmenvorschrift vom Kartellverbot des § 1 GWB dar ¹⁹⁾. Mit Recht folgt deshalb die herrschende Meinung nicht einer generellen Freistellung von § 1 GWB.

2. Nach teilweise vertretener Ansicht werden auf Gemeinschaftsunternehmen die Vorschriften der §§ 1 und 23 GWB parallel angewandt. Gemeinschaftsunternehmen mit Kartellcharakter beurteilen sich danach sowohl

19) Demgegenüber verweist Ebel BB 1974, 755 und BB 1975, 1133 ff. (1134) darauf, daß § 5 Abs. 3 GWB nur auf Syndikate anwendbar sein soll, an denen mehr als vier Personen teilnehmen. (Vgl. auch Huber WuW 1975, 378). Das führt aber zu völlig unbefriedigenden Ergebnissen, denn die formale, zufällig bedingte Gesellschafterzahl kann nicht entscheidend sein für die Abgrenzung Kartellkonzentration (Albers, Zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung der Gemeinschaftsunternehmen unter den Aspekten des Konzentrationsprivilegs und des gesellschaftsrechtlichen Freistellungsprivilegs, S. 18).

nach § 1 wie nach § 23 GWB ²⁰⁾; dadurch wird § 5 Abs. 3 GWB Rechnung getragen.

Nach anderer Ansicht, der heute auch das Bundeskartellamt folgt ²¹⁾ und die deshalb wohl als herrschende Meinung angesehen werden kann, ist das jedoch nicht möglich, da entweder ein unter § 1 GWB fallender Vertrag oder ein nach § 23 GWB zu beurteilender Zusammenschluß vorliegt ²²⁾. Ein und derselbe Vorgang kann entweder eine Kooperation oder eine Konzentration darstellen, nicht aber beides zugleich sein. Die Gegenansicht, die eine Doppelkontrolle befürwortet, übersieht, daß es eine ungerechtfertigte Schlechterstellung der Gemeinschaftsunternehmen bedeuten würde, wenn sie uneingeschränkt

20) So Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 24 m.w.N.; Gansweid, Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, S. 212 ff.; Emmerich-Gansweid JuS 1976, 433; Mestmäcker, Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 37 f.; Kleinmann-Bechtold, Fusionskontrolle, Einleitung Rdn. 85 ff.; zuletzt Leube ZHR 141 (1977), S. 313 ff., die die konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen von § 1 GWB freistellen und die kooperativen Gemeinschaftsunternehmen einer Doppelkontrolle unterwerfen will.

21) BKartA BB 1975, 1314.

22) Ebel NJW 1973 m.w.N.; weiterhin die Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten 1973/75, Tz. 901 ff.; ähnlich Ulmer ZHR 141 (1977), 466 ff. (471); vgl. auch Huber WuW 1975, 371 ff. (377 f.), der darauf hinweist, § 1 GWB könne neben § 23 GWB jedenfalls nicht auf die faktisch eintretenden Wettbewerbsbeschränkungen der Mütter angewandt werden.

sowohl der Konzentrationsrechtlichen wie der kartellrechtlichen Kontrolle ausgesetzt wären.

3. Die herrschende Meinung unterteilt die Gemeinschaftsunternehmen deshalb in zwei große Gruppen, die sogenannten kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen ²³⁾. Die Gründung eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens wird nach wie vor nach § 1 GWB beurteilt. Für die Gründung eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens wird allein der § 23 GWB zugrunde gelegt.

V. Die Abgrenzung zwischen kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen

1. Überwiegend wird die Abgrenzung zwischen Kooperation und Konzentration nach dem Umfang der wirtschaftlichen Selbständigkeit vorgenommen. Als kooperative Gemeinschaftsunternehmen werden alle sogenannten Teilfunktionsgemeinschaften bezeichnet, als konzentrativ die sogenannten Vollfunktionsgemein-

23) Vgl. Emmerich a.a.O. S. 9; neuerdings modifizierend Huber, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, S. 65 ff., 127 ff., der kooperative Gemeinschaftsunternehmen mit Kartellcharakter und kooperative Gemeinschaftsunternehmen mit konzentrativen Elementen voneinander abgrenzen will.

schaften ²⁴⁾. Die zuletzt genannten liegen vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen völlig selbständig und unabhängig von seinen Mutterunternehmen arbeiten kann, indem es eigenständige Unternehmensfunktionen ausübt. Dazu gehören Betriebe, die die Produktion neuer oder anderer Produkte durchführen. Teilfunktionsgemeinschaften sind dagegen Gemeinschaftsunternehmen, die zwar auch selbständig sind, dabei aber lediglich Hilfsfunktionen für die Muttergesellschaften erfüllen, zum Beispiel, indem sie die Forschung oder Werbung übernehmen ²⁵⁾. Für diese auf den ersten Blick einleuchtende Differenzierung könnte sprechen, daß die Vollfunktionsgemeinschaften ein größeres Maß an Selbständigkeit aufweisen und somit mehr zu eigenständigen Unternehmen tendieren, was die Einordnung unter den Begriff der Konzentration

24) Benisch, Kooperationsfibel 1963, S. 273 ff.; Kooperationsfibel 1976, S. 286; derselbe WuW 1974, 69 ff. (79 f.); Ebel BB 1974, 754 ff.; ebenso Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 65, Emmerich-Gansweid JuS 1975, 294 ff.; vgl. auch Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 23 und Kleinmann-Bechtold, Einleitung, Rdn. 83. Eine Übersicht über die vereinzelt vorgeschlagenen anderen Abgrenzungskriterien und die Kritik dazu findet sich bei Albers, Zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung der Gemeinschaftsunternehmen unter den Aspekten des Konzentrationsprivilegs, S. 36 ff. Danach wird teilweise auf die Neugestaltung der Eigentumsverhältnisse, auf die Verringerung der Anzahl wirtschaftlich selbständiger Unternehmer, auf die Änderung der Unternehmensstruktur und auf das Kriterium der einheitlichen Leitungsmacht abgestellt. Bedenklich an diesen Vorschlägen ist, daß die oftmals in das Belieben der Beteiligten gestellte Ausgestaltung innerer Strukturmerkmale über den wettbewerbsrechtlichen Schutz Dritter entscheiden soll.

25) Emmerich-Gansweid JuS 1975, 294 ff. (295 f.).

rechtfertigt ²⁶⁾. Die Teilfunktionsgemeinschaften, die lediglich Hilfsfunktionen ausüben, führen nur zu einer Zusammenarbeit auf engen Gebieten, was dem Bereich der Kooperation nahesteht.

2. Richtiger erscheint es aber, die Unterteilung nicht nach der Art der wirtschaftlichen Selbständigkeit vorzunehmen, sondern nach der Wirkungsweise der Gemeinschaftsunternehmen ²⁷⁾. Es gibt Gemeinschaftsunternehmen, die volkswirtschaftlich gesehen vorteilhafte Wirkungen haben, und andere, die negativ zu beurteilen sind:

Positive Auswirkungen haben die Gemeinschaftsunternehmen, die Aufgaben wahrnehmen, die zu einer Rationalisierung bei den Gründerunternehmen führen. So kann die Zusammenlegung der Produktion in einem Gemeinschaftsunternehmen dazu führen, daß Produkte günstiger hergestellt werden, da durch die Produktion einer größeren Menge die Stückkosten sinken. Auch ist es möglich, kostspielige neue Produktionsanlagen besser einzuführen. Wettbewerbsrechtliche Nachteile entstehen hierbei nicht. Die Wirksamkeit eines solchen Gemeinschaftsunternehmens im Hinblick auf § 1 GWB zu sehen, wäre ungerechtfertigt.

Weiterhin positiv zu beurteilen sind die Gemeinschaftsunternehmen, die in einen Geschäftsbereich eindringen, in dem die Gründer bisher noch nicht tätig waren. Bei mangelnder Finanzkraft eines Unternehmens oder zu großem Risiko macht die Gründung eines solchen Gemeinschaftsunternehmens den Vorstoß

26) In diese Richtung tendiert auch Beuthien DB 1978, 1631, der in Erwägung zieht, Genossenschaften mit zentraler Willensbildung allein dem Konzentrationsrecht zu unterstellen.

27) Eine umfassende Beurteilung der Gemeinschaftsunternehmen unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten findet sich bei Ackermann, Gemeinschaftsunternehmen und Wettbewerb.

auf neue Märkte erst möglich. Durch das Vordringen auf einen neuen Markt entsteht den anderen Marktteilnehmern ein neuer Wettbewerber, ohne daß der Wettbewerb zwischen den Gründerunternehmen eingeschränkt wird. Gemeinschaftsunternehmen, die zu einer Rationalisierung führen oder in einen neuen Geschäftsbereich eindringen, sind daher positiv zu beurteilen.

Negativ wirkt sich dagegen aus, wenn die Gründerunternehmen den Bereich des Einkaufs oder Verkaufs ausgliedern und unter die Kontrolle eines Gemeinschaftsunternehmens stellen. Derartige Gemeinschaftsunternehmen können die gleichen Auswirkungen haben wie ein Kartellvertrag 28).

Die Vereinbarung von Unternehmen, in Zukunft die Waren nur noch zu gleichen Preisen zu verkaufen, ist ein typischer Kartellvertrag, der gemäß § 1 GWB unwirksam ist. An Stelle einer derartigen Vereinbarung können die Unternehmen eine Verkaufsgesellschaft gründen, an die sie auch ohne entsprechende Verpflichtung ihre Waren übergeben. Diese wird allein mit Dritten geschäftsmäßig tätig und verkauft die Waren alle zum gleichen Preis.

Das neu gegründete Unternehmen ist ein Gemeinschaftsunternehmen, da es selbständig tätig wird und eine eigene Geschäfts- und Personalplanung betreibt 29). Trotzdem bringt es keine volkswirtschaftlichen Vorteile, sondern nur wettbewerbsrechtliche Nachteile. Der Wettbewerb wird genauso beschränkt wie durch eine Kartellvereinbarung: Zwischen den Gründerunternehmen besteht kein Wettbewerb mehr 30). Die Freiheit dritter Marktteilnehmer wird eingeschränkt, da sie nicht mehr zwischen mehreren Unternehmen wählen können und den vom Gemeinschaftsunternehmen verlangten höheren Preis akzeptieren müssen. Derartige Gemeinschafts-

28) Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 242.

29) Vgl. oben S. 17 f.

30) Sie werden auch ohne entsprechende Verpflichtung alles über ihr neu gegründetes Unternehmen absetzen, wenn dieses ihnen einen Preis gewährt, der über dem bisherigen Marktpreis liegt.

unternehmen können nicht von § 1 GWB freigestellt sein.

Analog verhält sich die Situation bei einem Gemeinschaftsunternehmen, das auf dem Einkaufssektor tätig wird. Während vorher mehrere selbständige Nachfrager bestanden, reduzieren sich jetzt die vielen Wettbewerbsbeziehungen auf ein einziges Verhältnis. Der verbilligte Einkauf über die Gemeinschaft führt dazu, daß alle Mitglieder ihre Waren nur noch über diese beziehen ³¹⁾. Hätten sie untereinander vereinbart, die Waren nur noch zu einem bestimmten Preis zu beziehen, so läge eine unwirksame Kartellabsprache vor. Zu keinem anderen Ergebnis führt dieses Gemeinschaftsunternehmen.

An Stelle der Unterscheidung zwischen Voll- und Teilfunktionsgemeinschaften ist nach der hier vertretenen Ansicht also darauf abzustellen, ob die Gemeinschaftsunternehmen der gesamtwirtschaftlich erwünschten Rationalisierung und dem Vordringen in einen neuen Geschäftsbereich dienen oder aber lediglich der Verstärkung der eigenen Verhandlungsmacht, die sich zu Lasten Dritter auswirkt. Nur die zuerst genannten Gemeinschaftsunternehmen sind von § 1 GWB freigestellt.

Die Unterteilung in Voll- und Teilfunktionsgemeinschaften weist demgegenüber fundamentale Unterschiede auf; Teilfunktionsgemeinschaften können zu einer gesamtwirtschaftlich erwünschten Rationalisierung führen, wie umgekehrt Vollfunktionsgemeinschaften allein der Beschränkung des Wettbewerbs dienen können:

31) Säcker, Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), S. 199; Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 33 f.

Teilfunktionsgemeinschaften, die zu einer volkswirtschaftlich wünschenswerten Rationalisierung führen und keine wettbewerbsrechtlichen Nachteile haben, sind zum Beispiel Forschungsgemeinschaften. Bei ihnen handelt es sich um einen typischen Fall der Teilfunktionsgemeinschaft, da sie nicht völlig selbständig und unabhängig vom Mutterunternehmen arbeiten können. Ihre Wirksamkeit im Hinblick auf § 1 GWB zu sehen, wäre aber ungerechtfertigt.

Umgekehrt kann ein Gemeinschaftsunternehmen als Vollfunktionsgemeinschaft arbeiten, trotzdem aber das bewirken, was § 1 GWB verhindern will. So ist der Fall vorstellbar, daß ein Syndikat als Vollfunktionsgemeinschaft betrieben wird, während seine Gesellschafter in die Rolle eines wirtschaftlich abhängigen Zulieferwerks rücken. Von den Wirkungen her ist es trotzdem nicht gerechtfertigt, ein derartiges Syndikat allein nach § 23 GWB zu beurteilen.

Die hier vertretene Auffassung, nach der es allein auf die Auswirkungen des Gemeinschaftsunternehmens ankommt, wird bestätigt durch den Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages. Dieser hat ausdrücklich darauf hingewiesen, daß Forschungsgemeinschaften, die typische Teilfunktionsgemeinschaften sind, nach § 23 GWB zu beurteilen sind ³²⁾.

Festzuhalten ist, daß sich diejenigen Gemeinschaftsunternehmen nach § 23 GWB beurteilen, bei denen die

32) Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drucksache 7/765, S. 7.

Zusammenarbeit eine Rationalisierung oder ein Vordringen in neue Bereiche bezweckt, auch wenn als Nebenwirkung dadurch gewisse Wettbewerbsbeschränkungen auftreten. Andererseits unterliegen die Gemeinschaftsunternehmen weiterhin dem § 1 GWB, die durch eine Koordination von Absatz oder Beschaffung dem zu Lasten Dritter erlangten eigenen Vorteil dienen, auch wenn dadurch als Nebenwirkung gewisse Rationalisierungstendenzen eintreten.

VI. Ergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung fallen nur diejenigen Gemeinschaftsunternehmen unter § 23 GWB, die schon vor 1973 nicht unter § 1 GWB fielen, weil sie keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkten. Eine derartige Auslegung dürfte der Intention der Gesetzesnovelle entsprechen. Diese ging davon aus, die Befugnisse der Kartellbehörden zu erweitern, nicht aber ihre Möglichkeiten einzuschränken³³⁾. Sie wollte keinen neuen Ausnahmetatbestand zu § 1 GWB schaffen und wettbewerbsbeschränkende Verträge freistellen. Dies hätte der Gesetzgeber deutlicher zum Ausdruck gebracht. Er strebte allein einen weitergehenden Zusammenschlußtatbestand an, damit sich den Kartellbehörden in weiteren Fällen eine Untersagungsmöglichkeit nach § 24 GWB bot. Dieser Wille würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn wettbewerbsbeschränkende Verträge damit dem § 1 GWB entzogen wären.

33) Möschel NJW 1975, 97; Albers, Zur wettbewerbsrechtlichen Behandlung der Gemeinschaftsunternehmen unter den Aspekten des Konzentrationsprivilegs und des gesellschaftlichen Freistellungsprivilegs, S.20.

Die Verträge, die vor 1973 unter § 1 GWB fielen, sind auch heute noch unwirksam. Die Anwendung der §§ 22 ff. GWB kommt nur für die Fälle in Betracht, die vorher als "leistungssteigernde Kooperation" nach fast einheitlicher Meinung nicht unter § 1 GWB fielen ³⁴⁾; diese wurden kraft Gesetzes ausdrücklich dem Konzentrationsrecht unterstellt. Die Folge davon ist, daß die Anwendung des § 1 GWB jetzt wegen der Existenz des § 23 GWB ausgeschlossen ist, während vorher eines seiner Tatbestandsmerkmale als fehlend erachtet wurde. § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB hat danach keineswegs eine so große Bedeutung, wie ihm weitgehend beige-messen wird.

VII. Die von § 1 GWB freigestellten Genossen-schaftsverträge

Nach der abstrakten Abgrenzung zwischen § 1 und § 23 GWB sind die von § 1 GWB freigestellten Genossenschaftsverträge zu behandeln.

1. Hierunter fallen einmal die Verträge, in denen die Genossenschaft eine ganz andere Tätigkeit ausübt als ihre Mitglieder. Dazu gehören Zentralgenossenschaften, die sich mit der Herstellung von Produkten befassen, die vorher von Drittunternehmen erworben werden mußten, weiterhin Kreditgenossen-

34) Vgl. Benisch, Kooperationsfibel 1963, S. 224 ff.; Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKartA für 1967, BT-Drucksache 5/2841, S. 2; Hoppmann DB 1970, 93 ff. (97).

schaften, die von mehreren Unternehmen gegründet werden, um den Finanzbedarf sicherzustellen. Auch eine von mehreren Unternehmen gegründete Wohnbaugenossenschaft gehört in diese Gruppe. Die Tätigkeit, die die Genossenschaft entfaltet, stellt eine im Vergleich zu den Genossen ganz neue Tätigkeit dar. Derartige Genossenschaftsverträge können nicht unter § 1 GWB fallen.

2. Ebenfalls von § 1 GWB freigestellt sind die Genossenschaftsverträge, in denen sich die Genossenschaft verpflichtet, ihren Mitgliedern intern bestimmte Aufgaben abzunehmen, ohne selbst gegenüber Dritten als neuer Marktteilnehmer aufzutreten. Dies führt zu einer Rationalisierung der Betriebe der Genossen, ohne daß der Wettbewerb beschränkt wird.

In diese Gruppe fallen die Nutzungsgenossenschaften, die im ländlichen Bereich sehr verbreitet sind. Sie dienen der gemeinschaftlichen Anschaffung und Nutzung von Maschinen und Zuchttieren ³⁵⁾. Dies führt zu einer einzelwirtschaftlichen Rationalisierung, da bei erheblich weniger Aufwand etwa der gleiche Nutzen erzielt wird. Folglich sind derartige Genossenschaftsverträge von vornherein dem § 1 GWB entzogen. Hierher gehören weiterhin Genossenschaften, die ihren Mitgliedern die Buchhaltung, das interne Rechnungswesen,

35) Müller, GenG Anh. § 1 Rdn. 73.

behördliche Verwaltungsarbeit oder Forschungsarbeiten abnehmen ³⁶⁾.

Auch wenn vorauszusehen ist, daß in Anbetracht des abgeschlossenen Genossenschaftsvertrages die Genossen nur noch mit der Genossenschaft in wirtschaftliche Beziehungen treten, nur noch von ihr Geld ausleihen, nur noch von ihr bestimmte Aufgaben durchführen lassen, stellt dies in keinem Fall ein wettbewerbswidriges Gleichverhalten dar, das unter dem Gesichtspunkt des § 1 GWB zu berücksichtigen wäre.

VIII. Die nach § 1 GWB zu beurteilenden Genossenschaftsverträge

In diese Fallgruppe gehören die Einkaufs- und Absatzgenossenschaften (1). Die durch sie herbeigeführten Rationalisierungstendenzen können nicht zu einer Freistellung von § 1 GWB führen (2). Rechtlich anders sind die von ihrer Tätigkeit her ähnlichen Konsumgenossenschaften zu behandeln (3). Den Absatzgenossenschaften gleich stehen die Genossenschaften, die die Dienstleistungen ihrer Mitglieder anbieten (4).

1. Die Tätigkeit der Einkaufsgenossenschaften besteht im Einkauf von Rohstoffen, Waren und sonstigen Be-

36) Weitere Beispiele dieser Art finden sich bei Müller a.a.O. § 1 Rdn. 22 und Meier ZHR 142, 124 ff. (130 f.); vgl. auch Steindorff ZHR 141 (1977), S. 263.

triebsmitteln, die den Genossen zur Verwertung in ihren Geschäftsbetrieben überlassen werden ³⁷⁾. Absatzgenossenschaften sind Unternehmen, die die Erzeugnisse ihrer Mitglieder vertreiben ³⁸⁾. Dadurch ist nicht mehr jeder Unternehmer gezwungen, selbst seine Waren zu verkaufen.

Die Vorteile, die die Genossen erzielen, bestehen bei einer Einkaufsgenossenschaft in erster Linie in dem Bezug zu günstigeren Preisen, bei einer Absatzgenossenschaft in einer für sie günstigeren Veräußerung. Diese realisierten Vorteile gehen zu Lasten der anderen Marktteilnehmer. Solchen Zusammenschlüssen kann nicht von vornherein eine "Unbedenklichkeitsbescheinigung" erteilt werden. Vielmehr greifen die schon dargestellten Grundsätze ein ³⁹⁾, nach denen eine Beurteilung des Vertrages im Hinblick auf § 1 GWB erfolgt, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen der Stärkung der eigenen Verhandlungsposition dient ⁴⁰⁾.

37) Müller a.a.O. Anh. § 1 Rdn. 59.

38) Meyer-Meulenbergh, GenG § 1 Anm. 2 c.

39) Vgl. oben S. 25 ff.

40) Dem entspricht es, daß man im allgemeinen davon ausgeht, daß Genossenschaften nicht durch § 23 GWB von § 1 GWB freigestellt sind; vgl. Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 4 und Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, der mehr oder weniger unproblematisch davon ausgeht, daß Genossenschaftsverträge nach § 1 GWB zu beurteilen sind. A.A. jedoch Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 135, 139 ff., der die Einkaufsgenossenschaften in mehrere Gruppen unterteilt:

- Genossenschaften, die lediglich Sammelbestellungen aufgeben,

2. Zusätzlich haben solche Genossenschaften aber auch einen Rationalisierungseffekt⁴¹⁾. Der gemeinschaftliche Einkauf führt dazu, daß die Genossen sich nicht mehr so intensiv selbst nach guten Angeboten umsehen müssen; der gemeinsame Verkauf erspart die eigene Suche nach Kunden. Die Zentralisierung der Entscheidungen im Bereich der Genossenschaften führt zu Arbeitersparnissen bei ihren Mitgliedern. Diese Rationalisierung kann jedoch nicht zu einer Freistellung von § 1 GWB führen.

Wie die Existenz des § 5 Abs. 3 GWB zeigt, ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß die durch den gemeinsamen Ein- und Verkauf bewirkte Rationalisierung noch nicht dazu führen kann, ein Unternehmen nur unter dem Gesichtspunkt der Konzentrationsrecht-

-
- Genossenschaften mit der Aufgabe, die Gesamtnachfrage zu kontrollieren,
 - Genossenschaften mit dem Ziel, Nachfragemacht gegenüber den Anbietern zu begründen,
 - Genossenschaften, die die Funktionen der vorgelegerten Marktstufe wahrnehmen,
 - Genossenschaften, die zusätzlich Bezugsmöglichkeiten ausschöpfen oder erschließen.

Die ersten drei Genossenschaftsarten sieht er als kooperative, die vierte und unter bestimmten Voraussetzungen die fünfte Genossenschaftsart sieht er als konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen an.

Die Problematik dieser Abgrenzung, die wohl auch Köhler sieht (vgl. S. 139), liegt darin, daß Einkaufsgenossenschaften Institutionen der vorgelegerten Marktstufe sind, die durch ihre Verhandlungsmacht günstigere Einkaufspreise anstreben. Nach Köhler müßten sie daher kooperative und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen zugleich sein, ein Widerspruch, den Köhler nicht lösen kann.

41) Von Genossenschaftsseite wird dieser Gesichtspunkt stark betont; vgl. etwa Steindorff, Sind Handelsgenossenschaften Kartelle?, S. 20.

lichen Vorschriften zu beurteilen. Die in § 5 Abs. 3 GWB genannten Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtungen führen nämlich regelmäßig neben der Stärkung der eigenen Tauschmacht auch zu einer Rationalisierung, da die Koordination des Ein- und Verkaufs zur Ersparung von Personal- und Sachaufwand führt. Trotzdem muß der Gesichtspunkt der Rationalisierung zurücktreten gegenüber der wettbewerbsrechtlich unerwünschten, auf Kosten Dritter erlangten Marktmacht. Soweit die Einkaufs- und Absatzgenossenschaften neben dem gemeinsamen Ein- und Verkauf keine sonstigen Geschäfte für die Genossen betreiben, können sie daher nur als kooperative Gebilde angesehen werden, deren Wirksamkeit sich nach § 1 GWB beurteilt. Nicht zu verwechseln ist dies damit, daß sich eine Einkaufs- oder Absatzgenossenschaft verpflichtet, neben ihrer eigentlichen Tätigkeit noch zusätzliche Aufgaben für die Genossen zu übernehmen, die allein unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung zu erfassen sind ⁴²⁾. In einem derartigen Fall ist nur der sich mit dem gemeinsamen Ein- und Verkauf befassende Teil des Vertrages nach § 1 GWB zu beurteilen. Ist dieser unwirksam, so führt das nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertragswerks ⁴³⁾. Sie bezieht sich grundsätzlich nur auf den Teil, der sich mit der Einkaufs- und Verkaufstätigkeit befaßt. Die Möglichkeit einer Teilunwirksamkeit folgt aus dem Wortlaut des § 1 GWB, wonach ein Vertrag nur i n s o w e i t unwirksam ist,

42) Z.B. Buchführungsarbeiten, Durchführung des innerbetrieblichen Rechnungswesens usw.

43) Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 6.

als er zur Wettbewerbsbeschränkung führt. Die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages ergibt sich in diesem Fall in der Regel auch nicht aus § 139 BGB. Zwar führt nach dieser Vorschrift eine Teilunwirksamkeit in der Regel zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrages. Dies gilt aber dann nicht - was wohl bei Genossenschaften im allgemeinen der Fall sein wird -, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil Bestand haben soll. Der andere Teil ist daher grundsätzlich wirksam.

3. Den Einkaufsgenossenschaften in der Wirkung ähnlich sind die Konsumgenossenschaften. Gemeinsam ist beiden, daß sie durch günstigeren Einkauf die Belieferung der Genossen mit Wirtschaftsgütern zu besonders günstigen Bedingungen sicherstellen wollen ⁴⁴⁾. Als Wirtschaftsgenossenschaften erfüllen die Konsumgenossenschaften jedoch weder die Voraussetzungen des § 1 GWB noch des § 23 GWB. Das GWB gilt nämlich nur für Unternehmen, bei einer Konsumgenossenschaft schließen sich jedoch Verbraucher zu einer Genossenschaft zusammen.

4. Den Absatzgenossenschaften in der Wirkung gleich stehen diejenigen Genossenschaften, die die Dienstleistungen ihrer selbständigen Mitglieder anbieten. Der Unterschied besteht nur darin, daß die eine Genossenschaft mit Waren, die andere mit Diensten handelt. In diese Gruppe gehören Genossenschaften, die

44) Müller, GenG Anh. § 1 Rdn. 65.

Transportleistungen ihrer Mitglieder anbieten.

Die Tätigkeit solcher Genossenschaften wirkt sich oft zum Nachteil Dritter aus. Der von den Genossen erzielte Vorteil geht zu Lasten der anderen Marktteilnehmer, die ihn mit höheren Preisen bezahlen müssen. Ein derartiger Genossenschaftsvertrag kann nicht generell von § 1 GWB freigestellt sein ⁴⁵⁾. Auch die durch das gemeinsame Anbieten dieser Leistungen bewirkte Rationalisierung rechtfertigt keine andere Beurteilung. Wenn sonstige mit der gemeinsamen Dienstleistung nicht zusammenhängende Rationalisierungen durchgeführt werden, so beurteilen sich nach § 1 GWB nur die Teile des Vertrages, die sich mit dem gemeinsamen Anbieten der Dienstleistungen befassen.

IX. Die rechtliche Beurteilung der von § 1 GWB freigestellten Genossenschaften

Die in der Regel zulässige Gründung der Genossenschaft ist zu unterscheiden von wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen, die einer der Beteiligten übernimmt.

45) Entspricht der überwiegenden Ansicht; vgl. oben S. 33 Fn. 40; a.A. aber die auf S. 20 Fn. 18 genannten Ansichten.

1. Die Gründung

Die Gründung einer derartigen Genossenschaft ist nicht nach § 1 GWB, sondern nach § 23 GWB zu beurteilen.

Die Genossenschaftsgründung ist nach § 23 GWB grundsätzlich zulässig. Eine Anzeigepflicht und damit Untersagungsmöglichkeit kommt fast nie in Betracht, da kaum einer der Genossen Geschäftsanteile in Höhe von 25% übernehmen wird ⁴⁶⁾.

Sollte dies ausnahmsweise der Fall sein, so ist auch das grundsätzlich zulässig. Nach vollzogenem Zusammenschluß bestünde nur eine Anzeigepflicht, wenn durch den Zusammenschluß ein Marktanteil von mindestens 20% erreicht wird oder ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil in eben dieser Höhe hat (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB). Auch ohne Vorliegen dieser Voraussetzungen müßte der Zusammenschluß angezeigt werden, wenn die beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluß mindestens 10.000 Beschäftigte oder Umsatzerlöse von 500 Millionen Mark erzielt hatten (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB).

Die Untersagung eines solchen Zusammenschlusses ist nur unter ganz engen Voraussetzungen möglich. Gemäß § 24 GWB ist sie auszusprechen, wenn durch den Zusammenschluß eine marktbeherrschende Stellung entsteht.

46) Genossen können sich gemäß § 7 a GenG mit mehreren Geschäftsanteilen beteiligen. Daß dadurch keine mehrfache Mitgliedschaft entsteht (Müller, GenG § 7 a Rdn. 11; Lang-Weidmüller, GenG § 134 Anm. 1), ist für § 23 GWB unerheblich. Entscheidend ist nur die Höhe der Beteiligung.

Die Definition für die Marktbeherrschung ist in § 22 GWB getroffen worden. Sie liegt vor, wenn ein Unternehmen ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB) oder wenn es eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Eine Marktbeherrschung wird vermutet, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 1/3 aufweist (§ 22 Abs. 3 GWB) ⁴⁷⁾.

Eine Untersagung darf aber auch dann trotz Marktbeherrschung nicht ausgesprochen werden, wenn die beteiligten Unternehmen den Nachweis führen, daß dadurch eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen eintritt, die die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegt (§ 24 Abs. 1 GWB). Eine Untersagung scheidet ferner aus, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Jahr Umsatzerlöse von weniger als 500 Millionen DM hatten oder eines der sich vereinigenden Unternehmen nicht mehr als 50 Millionen DM erzielt hatte (§ 24 Abs. 8 Nr. 2 GWB). Auch unter den Voraussetzungen des § 24 Abs. 8 Nr. 3 und 4 GWB kann keine Untersagung ausgesprochen werden. Das bedeutet, daß Genossenschaften kaum die Voraussetzungen für eine Anzeigepflicht und erst recht nicht für die Untersagungsmöglichkeit erfüllen.

2. Wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen

Die grundsätzliche Freistellung von § 1 GWB bezieht sich nur auf den Gründungsvertrag. Bisher wurde in

47) Zur Bestimmung des Marktanteils vgl. BT-Drucksache 7/765, S. 5.

dieser Untersuchung nicht erörtert, wie sonstige in diesem Zusammenhang entstehende Vereinbarungen zu beurteilen sind. Dabei handelt es sich um folgende Fälle ⁴⁸⁾:

- Vertragliche Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit des Gemeinschaftsunternehmens;
- Vertragliche Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Gründerunternehmen.

a. Die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit des Gemeinschaftsunternehmens

Werden dem Gemeinschaftsunternehmen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen auferlegt, verstößt dies nach übereinstimmender Ansicht nicht gegen § 1 GWB ⁴⁹⁾. Dies ergibt sich daraus, daß die Gründerunternehmen als Gesellschafter des neu gegründeten Gemeinschaftsunternehmens dessen Gesellschaftszweck festlegen können. Sie können ihm mehr oder weniger Kompetenzen einräumen, folglich auch seinen Handlungsspielraum beliebig einschränken. Der Fall einer autonomen Selbstbeschränkung des Gemeinschaftsunternehmens fällt deshalb nicht unter § 1 GWB.

48) Sandrock AWD 1970, 340 ff.

49) Sandrock a.a.O., Mestmäcker, Normzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S.33 f.; Klein, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 79 ff.; Müller-Henneberg § 1 Rdn. 131; Langen-Niederleithinger-Schmidt § 1 Anm. 56; Kooperationsfibel des Bundeswirtschaftsministeriums, 1976, Abschnitt 6.2., S. 39; Beuthien DB 1978, 1625.

Dies kann jedoch nur soweit gelten, wie die Gesellschaft lediglich ihr eigenes Marktverhalten, nicht zugleich das ihrer Gesellschafter untereinander oder im Verhältnis zu ihr regelt. Wird den Gründungsunternehmen durch die Selbstbeschränkung des gemeinsamen Tochterunternehmens ein bestimmtes Marktverhalten aufgezwungen, so ist der Kartelltatbestand gegeben ⁵⁰⁾.

b. Die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Gründerunternehmen

Beschränken die Gründerunternehmen ihre eigene Wettbewerbsfreiheit, indem sie sich verpflichten, keinen uneingeschränkten Wettbewerb auszuüben, so erfüllt eine derartige Vereinbarung die Voraussetzungen des § 1 GWB und ist unwirksam ⁵¹⁾.

Eine Ausnahme vom Prinzip der generellen Unwirksamkeit besteht nur für diejenigen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, in denen die Gründerunternehmen sich verpflichten, das durch sie gegründete Gemeinschaftsunternehmen keinem uneingeschränkten Wettbewerb auszusetzen. Zwar erfüllt auch eine derartige Vereinbarung die Voraussetzungen des § 1 GWB, weil die Gründerunternehmen zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens in ihrer wettbewerbsrechtlich geschützten Handlungsfreiheit eingeschränkt werden ⁵²⁾. Generell unwirksam sind derartige Verpflichtungen

50) Beuthien DB 1978, 1625 f.

51) Vgl. S. 3 Fn. 8.

52) Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 61.

tungen aber deshalb nicht, weil die Vorschrift des § 1 GWB in Beziehung zu setzen ist zu bestimmten handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, die diese Art der Wettbewerbsbeschränkung gerade erlauben⁵³⁾.

Die Rechtsprechung hatte sich mit diesem Problem in einem grundlegenden Urteil aus dem Jahre 1962 zu befassen⁵⁴⁾, in dem es darum ging, ob die §§ 112, 113 HGB das Wettbewerbsverbot für einen OHG-Gesellschafter rechtfertigen. In dieser Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof darauf abgestellt, ob die Beteiligung des Gesellschafters mehr personeller oder kapitalistischer Art sei. Bei Gesellschaftsverhältnissen der zuerst genannten Art sollte grundsätzlich den §§ 112, 113 HGB Vorrang zukommen, während bei kapitalistischen Beteiligungen das Kartellverbot durchgreifen sollte.

53) Vgl. z.B. Kleinmann-Bechtold, Einleitung Rdn. 81. Dogmatisch ist umstritten, weshalb gesellschaftsrechtliche Vorschriften wettbewerbsrechtliche Vorschriften beeinflussen können. Eine umfassende Übersicht über den Meinungsstand findet sich bei Beuthien ZHR 142 (1978), S. 271. Beuthien selbst geht mit der überwiegenden Meinung davon aus, daß es keinen Vorrang des Gesellschaftsrechts vor dem Wettbewerbsrecht gibt, mißt den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zugleich aber auch wettbewerbsrechtlichen Gehalt bei, so daß sie im Wettbewerbsrecht nicht geregelte Ausnahmestatbestände zu § 1 GWB darstellen können (ZHR 142 (1978), S. 278 ff.).

54) BGHZ 38, 306 ff. = WuW/E BGH 519 ff. = BB 1963, 250 ff.

Mit Recht weist Beuthien ⁵⁵⁾ darauf hin, daß § 112 HGB auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen, d.h. dem kapitalistisch beteiligten Gesellschafter ein Wettbewerbsverbot auferlegt, so daß es allenfalls auf die mögliche persönliche Haftung ankommen kann. Die Abgrenzung zwischen personellen und kapitalistischen Beteiligungen führt zudem nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen. Auch bei kapitalistischer Beteiligung kann sich die Notwendigkeit eines Wettbewerbsverbotes ergeben. Entscheidend muß es deshalb darauf ankommen, ob das Wettbewerbsverbot für die Gesellschaft so wichtig ist, daß es funktionsnotwendige Voraussetzung für deren Bestand ist. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich der Gesellschafter Einblick in die wettbewerbserheblichen geschäftlichen Daten der Gesellschaft verschaffen kann ⁵⁶⁾.

Speziell bei Genossenschaften ist die Vorschrift des § 68 Abs. 1 GenG gegen § 1 GWB abzugrenzen ⁵⁷⁾. Danach kann ein Genosse wegen seiner Mitgliedschaft in

55) Beuthien ZHR 142 (1978), S. 284 m.w.N.; vgl. auch Voges DB 1977, 2081 ff. (2086).

56) Beuthien ZHR 144 (1978), S. 281 ff.

57) Zu beachten ist dabei, daß ein Konkurrenzverhältnis von § 68 Abs. 1 GenG und § 1 GWB nicht in jedem Fall gegeben ist, in dem die Voraussetzungen des § 68 Abs. 1 GenG vorliegen. Wird ein Genosse durch § 68 Abs. 1 GenG daran gehindert, in eine zweite Genossenschaft einzutreten, so ist nicht immer zugleich auch der Kartelltatbestand gegeben, weil der Genosse durch seinen Eintritt in die zweite Genossenschaft nicht automatisch eigenen, sondern in erster Linie fremden Wettbewerb betreibt. § 1 GWB gewährleistet nur die Ausübung eigenen, nicht fremden Wettbewerbs (Beuthien ZHR 142 (1978), S. 292 f.).

einer anderen Genossenschaft ausgeschlossen werden, wenn diese an demselben Ort ein gleichartiges Geschäft betreibt. Aus dieser Vorschrift wird geschlossen, daß auch ein Genosse selbst seiner Genossenschaft keine Konkurrenz machen darf; denn wenn er ihr durch Beitritt zu einer anderen Genossenschaft nicht einmal mittelbar Konkurrenz machen darf, dann erst recht nicht, wenn er selbst in eigener Person den Wettbewerb gegen sie aufnimmt ⁵⁸⁾. Ein entsprechendes Wettbewerbsverbot ist somit in der Regel zulässig, da es nur das beinhaltet, was schon kraft Gesetzes Rechens ist.

Die Vorschrift des § 68 Abs. 1 GenG ist gegen § 1 GWB genauso abzugrenzen wie die §§ 112, 113 HGB. Die Rechtsprechung wird darauf abstellen, ob die Beteiligung mehr personeller oder kapitalistischer Art ist. Zusätzlich wird man aber auch die Funktionsnotwendigkeit des Wettbewerbsverbotes berücksichtigen müssen. Auch bei Gesellschaften, die auf kapitalistischer Basis zusammenarbeiten, kann sich das spezielle Erfordernis eines Wettbewerbsverbotes ergeben, insbesondere dann, wenn ein beteiligtes Unternehmen technisches Spezialwissen in das Gemeinschaftsunternehmen einbringt ⁵⁹⁾. In allen Fällen, in denen ein auch auf kapitalistischer Basis gegründetes Gesellschaftsverhältnis ohne Wettbewerbsverbot nicht auskommen kann, namentlich die Gefahr besteht, daß Insiderinformationen an die Konkurrenz verraten werden, wird man

58) Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 71 f.

59) Vgl. die Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen ACEC-Berliet, WuW/EV 195 ff.

das Wettbewerbsverbot zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens für gerechtfertigt ansehen müssen ⁶⁰⁾.

60) Beuthien ZHR 142 (1978), insbesondere S. 295.

C. Einkaufs- und Absatzgenossenschaften

Da es sich bei der Gründung von Einkaufs- und Absatzgenossenschaften nicht um einen Vorgang der Konzentration handelt, kommt nicht § 23 GWB, sondern allenfalls § 1 GWB zur Anwendung. Es muß daher untersucht werden, wann der Gründungsvertrag dieser Genossenschaften die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllt.

I. Die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB

Ein Vertrag ist gemäß § 1 GWB unwirksam, wenn er die folgenden fünf Tatbestandsmerkmale erfüllt:

1. Es muß ein Vertrag vorliegen,
2. der zu einem gemeinsamen Zweck geschlossen wurde.
3. Er muß von Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen abgeschlossen worden sein.
4. Er muß geeignet sein, die Marktverhältnisse zu beeinflussen,
5. und zwar durch Beschränkung des Wettbewerbs.

So einfach diese Tatbestandsmerkmale auf den ersten Blick erscheinen, so ist doch fast jedes von ihnen Grundlage großer Kontroversen geworden.

1. Vertrag

Durch dieses Tatbestandsmerkmal werden alle die Fälle ausgeklammert, in denen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht auf einer Verabredung der Unternehmer beruht, sondern auf einer Empfehlung (§ 38 GWB), auf wirtschaftlichem Druck (§ 26 GWB), auf einem Gleichverhalten (§ 25 GWB) oder auf tatsächlichen Marktgegebenheiten (§ 22 GWB).

Streitig ist die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals. Nach der Meinung, die die wenigsten Anforderungen an den Vertragsbegriff stellt, soll ein Vertrag im Sinne des § 1 GWB schon bei jeder Willenseinigung vorliegen, die Reflexwirkungen gegenüber Dritten ausübt ¹⁾. Der Begriff des Vertrages setzt danach keine Verpflichtung der Beteiligten zu einem bestimmten Verhalten voraus. Begründet wird diese Ansicht damit, daß es einige Verträge gibt, die keine rechtliche Verpflichtung begründen wie die Forderungsübertragung, die privative Schuldübernahme, der Schuldauhebungsvertrag und der Vergleich. Trotzdem handelt es sich bei ihnen um Verträge ²⁾.

Allgemein wird diese Ansicht aber mit Recht abgelehnt ³⁾. Nur bei Verträgen, die ein Rechtsverhältnis unmittelbar begründen, aufheben oder verändern, also Verfügungsgeschäften, ist keine Verpflichtung erforderlich; in allen Fällen eines schuldrechtlichen Vertrages ist diese aber nötig ⁴⁾.

Ist somit überwiegend anerkannt, daß die Definition des Vertrages eine Verpflichtung der Beteiligten voraussetzt, so ist wieder umstritten, ob eine rechtliche Verpflichtung erforderlich ist oder eine moralische ausreicht ⁵⁾.

1) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 123 ff.

2) Ebenso Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 58.

3) Vgl. Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 258.

4) Sandrock a.a.O.

5) Vgl. dazu Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 34 f.

Der Zusammenschluß zu einer Genossenschaft stellt eine Willensübereinstimmung dar, die für die Beteiligten rechtliche Verpflichtungen finanzieller und gesellschaftsrechtlicher Art auslöst ⁶⁾. Im Rahmen dieser Arbeit braucht daher nicht darauf eingegangen zu werden, ob die Definition des Vertrages eine rechtliche Verpflichtung voraussetzt oder ob eine moralische Verpflichtung ausreicht. Dieser Meinungsstreit war in erster Linie bedeutsam für die Frage, wie sogenannte "Gentleman's Agreements" zu behandeln sind, bei denen die Parteien keine rechtliche Verpflichtung vereinbart haben, sondern sich nur darauf verlassen, der andere werde sich entsprechend der gegenseitigen Verabredung verhalten ⁷⁾. Hier kommt es auf diesen Meinungsstreit nicht an.

2. Gemeinsamer Zweck

Das zweite Tatbestandsmerkmal des § 1 GWB verlangt, daß der Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen wurde.

Dieses Tatbestandsmerkmal dient der Abgrenzung zu den Austausch- oder Individualverträgen. Die Erwähnung dieses Tatbestandsmerkmals wird als Verweisung auf

6) Vgl. im einzelnen Müller, GenG § 18 Rdn. 7 ff.

7) Vgl. z.B. Müller-Gries-Giessler § 1 Rdn. 64; heute greift § 25 GWB ein, so daß der Streit weitgehend bedeutungslos ist.

den § 705 BGB verstanden ⁸⁾. Ein Kartellvertrag kann danach nur vorliegen, wenn die Parteien ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis begründet haben. Sinn dieses Tatbestandsmerkmals ist es, solche Verträge von der Anwendung des § 1 GWB auszuschließen, bei denen jeder Vertragspartner durch den Austausch verschiedener Leistungen eigene, dem anderen entgegengesetzte Ziele verfolgt ⁹⁾. Die Individual- oder Austauschverträge fallen daher nicht unter § 1 GWB, sondern unter die §§ 15 ff. GWB.

Streitig ist dagegen, ob dieses Tatbestandsmerkmal noch weitere Bedeutung hat.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, § 1 GWB setze voraus, daß der gemeinsame Zweck Inhalt des Vertrages geworden sei ¹⁰⁾. Dieser Meinung wird man aber nicht folgen können, da sich aus dem Wortlaut eine derartige Einschränkung des § 1 GWB nicht ergibt. Sie würde dazu führen, daß § 1 GWB nur sehr selten zur Anwendung käme, da die Parteien nicht so unvernünftig wären, den ihrem Vertrag zugrundeliegenden Zweck auch in diesen hineinzuschreiben. Sie wären

8) Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 35; derselbe BB 1975, 766 f. (767); in neuester Zeit wurde diese bisher als unstreitig angesehene Meinung in Zweifel gezogen. Nach Schmidt, Kartellverbot und "sonstige Wettbewerbsbeschränkungen" - Begriff und Funktion des gemeinsamen Zwecks im GWB -, S. 17 ff. beinhaltet dieses Tatbestandsmerkmal keinen Bezug auf § 705 BGB, sondern stellt eine Abgrenzung des Kartellverbots gegen Verbote sonstiger durch Verhaltensabstimmung bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen dar.

9) Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 36.

10) Vgl. dazu Fikentscher in: Festschrift für Harry Westermann, S. 87 ff. (105).

sich zwar bewußt, welchen Zweck sie mit dem Vertrag verfolgen, und würden bei der Ausführung des Vertrages die Ziele des anderen beachten, diese aber nicht mehr im Vertrag selbst niederlegen.

Nach einer weiteren teilweise erhobenen Forderung, die ebenfalls auf eine einschränkende Anwendung des § 1 GWB hinzielt, soll der gemeinsame Zweck des Vertrages in der Wettbewerbsbeschränkung bestehen ¹¹⁾. Als Begründung wird angeführt, daß es nicht gerechtfertigt sei, einen Vertrag bei Vorliegen eines neutralen oder gar gesamtwirtschaftlich erwünschten Zwecks für unwirksam anzusehen ¹²⁾.

Von der Literatur wird diese Ansicht überwiegend abgelehnt ¹³⁾, ebenso von der heutigen Rechtsprechung ¹⁴⁾. Als Begründung wird auf den Wortlaut verwiesen. Der Gesetzgeber hat bewußt auf ein subjektives Kriterium verzichtet, da dies zu praktischen Beweisschwierigkeiten führt ¹⁵⁾. Eine volkswirtschaftlich unerwünschte Wettbewerbsbeschränkung allein rechtfertigt schon die Unwirksamkeit.

11) Lieberknecht-Gnauk BB 1963, 1067 ff. (1069 f.); Möhring NJW 1964, 1360 f.; Müller-Henneberg § 1 Rdn. 36; Frankfurter Kommentar § 1 Rdn. 8, 26.

12) Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 65.

13) Rasch-Westrick § 1 Anm. 8; Ballerstedt JuS 1963, 253 f. (262 f.); Klaue BB 1964, 538 ff. (540); Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann, S. 57.

14) BGHZ 31, 105 = WuW/E BGH 359 ff., "Glasglühkörper"; WuW/E OLG 1252 ff., "Tubenhersteller II".

15) Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 65.

Nach anderer Ansicht hängt es vom zugrundeliegenden Vertrag ab, ob die Wettbewerbsbeschränkung vom gemeinsamen Zweck umfaßt sein muß ¹⁶⁾. Es wird danach unterschieden, ob die Wettbewerbsbeschränkung im Vertrag steht. Ist das der Fall, so braucht sie nicht vom gemeinsamen Zweck umfaßt zu sein, anderenfalls ja. Erforderlich ist, daß die Wettbewerbsbeschränkung entweder in die vertragliche Vereinbarung fällt oder aber in den gemeinsamen Zweck aufgenommen wurde ¹⁷⁾. Diese Meinung wird als Zwecktheorie bezeichnet. Auf diese Theorie muß später noch ausführlich eingegangen werden, da sie eine Kompromißlösung zwischen der noch abzuhandelnden Gegenstands- und Folge-theorie darstellt. An dieser Stelle soll nur gesagt werden, daß sich aus dem Wortlaut des § 1 GWB eine derartige Differenzierung nicht ergibt.

Das Tatbestandsmerkmal "zu einem gemeinsamen Zweck" stellt somit nur eine Abgrenzung zu den Individual- oder Austauschverträgen dar. Alle weitergehenden Anforderungen sind aus dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen und werden daher überwiegend abgelehnt.

Genossenschaften erfüllen dieses Tatbestandsmerkmal: Der zwischen den Genossen abgeschlossene Vertrag stellt keinen Austausch-, sondern einen Gesellschaftsvertrag dar. Folglich liegen die ersten beiden Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB vor: Der Genossenschafts-

16) Fikentscher in: Festschrift für Harry Westermann, S. 103.

17) Fikentscher a.a.O. S. 105.

vertrag ist ein Vertrag, der zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen wurde.

3. Unternehmen

Nach der dritten Voraussetzung ist es erforderlich, daß der Vertrag von Unternehmen abgeschlossen wurde. Ohne daß es nötig wäre, hier eine allgemeingültige, alle Fälle umfassende Definition zu geben, ist festzustellen, daß der Begriff "Unternehmen" heute weit ausgelegt wird. Danach fällt jede auf Erwerb gerichtete Einrichtung darunter¹⁸⁾. Gemeinnützige Unternehmen¹⁹⁾ sind nicht ausgenommen, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher Spezialregelung²⁰⁾ freigestellt sind. Ausgehend von dieser Definition wird die Unternehmenseigenschaft der Genossenschaft heute unbestritten bejaht.

Unter Zugrundelegung einer anderen Definition war damals teilweise ihre Unternehmereigenschaft verneint worden mit der Begründung, daß es an einer zweiseitigen Marktverbindung fehle²¹⁾. Da es zwischen Genossenschaft und Genossen keinen Markt gebe, sei die Genossenschaft nicht auf Absatz- und Beschaffungsmarkt tätig und daher kein Unternehmen. Sie sei nur als selbständige wirtschaftliche Institution anzusehen²²⁾. Allerdings wurde auch damals anerkannt, daß eine Genossenschaft mit Aufnahme des Nichtmitglieder-

18) Westermann in: Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf, S. 73 f.

19) Vgl. das auf S. 8 vorgebrachte Argument, daß Genossenschaften wegen ihres Gemeinnützigkeitscharakters keine Kartelle sein können.

20) Z.B. Eisenbahn, Post u.a. (§ 99 GWB).

21) Ohm, Die Genossenschaft und ihre Preispolitik, S. 31 ff., 76 ff.

22) Ohm a.a.O.

geschäfts eine Unternehmung wird ²³⁾). Heute werden unter Zugrundelegung der obigen Definition keine zweiseitigen Marktbeziehungen gefordert. Die Genossenschaft ist daher ein Unternehmen.

Ebenso stellen die Betriebe der einzelnen Genossen Unternehmen dar, da es sich bei ihnen um Institutionen handelt, die auf Erwerb ausgerichtet sind.

Die Unternehmereigenschaft der Genossen fehlt aber in den Fällen, in denen sich Nachfrager zu einer Genossenschaft zusammenschließen. Dies ist bei der Konsumgenossenschaft der Fall, deren Mitglieder private Haushalte sind. Der Zusammenschluß zu einer Konsumgenossenschaft kann als Gründung einer Wirtschaftsgenossenschaft deshalb nicht die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllen ²⁴⁾.

Eine derartige Freistellung der Konsumgenossenschaft vom Kartellverbot ist auch gerechtfertigt. Sie trägt der Tatsache Rechnung, daß die Letztverbraucher sich in einer strukturellen Unterlegenheit gegenüber dem Angebot befinden. Durch den Zusammenschluß kann ein Teil dieser Unterlegenheit kompensiert werden ²⁵⁾.

Unterschieden werden muß diese Nicht-Unternehmereigenschaft von der Unternehmereigenschaft der Genossenschaft. Die Konsumgenossenschaft selbst stellt natürlich ein Unternehmen dar, da sie eine auf Er-

23) Ohm a.a.O.

24) Westermann a.a.O. S. 74; Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 60.

25) Mahlmann a.a.O.

werb gerichtete Einrichtung ist ²⁶⁾. Sie kann daher auch mit anderen Unternehmen einen Kartellvertrag abschließen.

4. Eignung, die Marktverhältnisse zu beeinflussen

Der Zusammenschluß muß weiterhin geeignet sein, die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

Unter dem Begriff "Marktverhältnisse" ist die Summe der Eigenschaften zu verstehen, die einem bestimmten Markt das Gepräge geben. Als charakteristische Eigenschaften sind dabei die Größe und Verteilung der Marktanteile auf die einzelnen Marktteilnehmer, die Art und Intensität des Wettbewerbs, die Form der Preisbildung, die Zugänglichkeit des Marktes sowie die Art des Auftretens der Marktpartner zu nennen ²⁷⁾.

Teilweise wird der Begriff auch restriktiv dahingehend ausgelegt, daß darunter nicht die Verhältnisse auf seiten der Wettbewerbsbeschränker fallen ²⁸⁾. Meist wird eine derartige Einschränkung aber nicht gemacht.

Durch den Zusammenschluß müssen die Marktverhältnisse beeinflußt werden. Dieses Tatbestandsmerkmal bietet Anlaß zu vielen Kontroversen. Übereinstimmung herrscht darin, daß von einer Beeinflussung nur gesprochen werden kann, wenn sich durch den Zusammen-

26) Westermann a.a.O. S. 74.

27) Günther MA 1957, 42.

28) Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., §1 Rdn. 98.

schluß die Marktverhältnisse verändern ²⁹⁾. Umstritten ist aber, wann dies im Einzelfall gegeben ist.

Nach ursprünglich vertretener Rechtsprechungsmeinung ³⁰⁾, die auch heute noch zum großen Teil von der Literatur vertreten wird ³¹⁾, soll dieses Tatbestandsmerkmal nur zur Ausklammerung der ganz unbedeutenden Wettbewerbsbeschränkung dienen. Nur wenn die Wettbewerbsbeschränkung so gering ist, daß die durchschnittlichen Marktteilnehmer ihr keine Beachtung schenken, soll dieses Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt sein ³²⁾. Nicht unter dieses Tatbestandsmerkmal würden danach die Manipulationen von solchen Aktionsparametern ³³⁾ fallen, die sich auf den Geschäftserfolg kaum auswirken ³⁴⁾.

Genossenschaften erfüllen in der Regel dieses Tatbestandsmerkmal: Bestand vor dem Zusammenschluß auf beiden Seiten des Marktes eine große Zahl von Marktteilnehmern, die bisher individuell vorgegangen sind, so werden durch den Zusammenschluß ihre Verhaltensweisen koordiniert. Da an einer Genossenschaft min-

29) Müller-Henneberg § 1 Rdn. 102.

30) Nachweise bei Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 104.

31) Benkendorf WRP 1962, 146 ff. (147 f.); ähnlich Ballerstedt in: Festschrift für Böhm, 1965, S. 179 ff. (186); Schmitz NJW 61, 2089 ff. (2092 f.).

32) Müller-Gries-Giessler § 1 Rdn. 91.

33) Aktionsparameter sind diejenigen wirtschaftlichen Faktoren, aus denen sich das eigene marktstrategische Verhalten der Unternehmer zusammensetzt; vgl. etwa Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 98.

34) Vgl. Sandrock a.a.O. S. 162 f.

destens sieben Mitglieder beteiligt sein müssen (§ 4 GenG), handelt es sich nicht um einen ganz unbedeutenden Zusammenschluß. In der Regel ist jeder Genossenschaftszusammenschluß nach dieser Definition geeignet, die Marktverhältnisse zu beeinflussen ³⁵⁾.

Später modifizierte die Rechtsprechung ihren Standpunkt ³⁶⁾. Sie sah einen Vertrag dann für geeignet an, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, wenn dieser auf die anderen Marktteilnehmer spürbar wirkte. Ein gewisser Mindestumfang allein wurde nicht mehr als ausreichend angesehen. Während vorher nur die Verträge ausgeschlossen wurden, denen die anderen Marktteilnehmer fast keine Beachtung schenken, wurde nun verlangt, daß diese dem Vertrag schon eine gewisse Bedeutung beimessen müssen. Entscheidend wurde auf die Intensität der Einwirkung abgestellt. Eine genaue Grenze, ab welchem Punkt die Marktbeeinflussung spürbar wird, wird sich nie ganz exakt angeben lassen. Einigkeit besteht nur insoweit, daß die nur theoretisch vorstellbare Eignung zur Marktbeeinflussung nicht ausreicht ³⁷⁾, andererseits eine wesentliche Beeinflussung aber nicht gefordert werden darf ³⁸⁾.

Als Kriterium für die Spürbarkeit wird teilweise darauf abgestellt, ob der gegenüberliegenden Seite

35) Günther MA 1957, 42.

36) Nachweise bei Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 104.

37) WuW/E 491, "Spar".

38) Vgl. den Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 1 GWB, BT-Drucksache 3644/1953, S. 3 ff.

noch genügend Auswahlmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Eine spürbare Marktbeeinflussung wird danach verneint, wenn diese ohne allzu große Schwierigkeiten auf gleichgelagerte andere Produkte ausweichen können³⁹⁾.

Teilweise wird die Spürbarkeit auch dann angenommen, wenn die Marktpartner der Gegenseite in ihrer Wettbewerbsstrategie Rücksicht auf das wettbewerbsbeschränkende Verhalten nehmen müssen⁴⁰⁾.

Wann eine Spürbarkeit vorliegt, läßt sich nicht durch im einzelnen festgelegte Prozentzahlen angeben. Der Bundesgerichtshof hat in einem Fall, in dem Unternehmen beteiligt waren, die 5% des Gesamtangebots repräsentierten, dieses Tatbestandsmerkmal verneint⁴¹⁾, während er umgekehrt in einem Fall, in dem die zwei beteiligten Unternehmen nur 0,5% des Marktanteils hatten, eine Marktbeeinflussung bejahte⁴²⁾.

39) WuW/E OLG 290 ff.; WuW/E BGH 369, 372 f.; WuW/E OLG 355 f.; Frey WuW 1962, 17; Gleiss-Hootz NJW 1962, 391; Benisch, Kooperationsfibel 1963, S. 353.

40) Müller-Gries-Giessler § 1 Rdn. 92.

41) WuW/E BGH 369, 372 f., "Kohlenplatzfall".

42) BGHZ 37, 194 = WuW/E BGH 486 ff.; nicht überzeugend sind deshalb alle Versuche, die Spürbarkeit dadurch quantitativ zu erfassen, daß man mit fest vorgegebenen Prozentzahlen arbeitet; abzulehnen ist deshalb der Vorschlag Zindels WuW 1978, 411 ff. (418), bei einem Marktanteil von 10% und weniger eine Spürbarkeit zu verneinen.

Ob Genossenschaften dieses Tatbestandsmerkmal erfüllen, hängt somit von ihrer Wirkung auf die anderen Marktteilnehmer ab. Da an einer Genossenschaft mindestens sieben Unternehmen beteiligt sein müssen, kann man davon ausgehen, daß die Wirkungen im allgemeinen nicht ganz unerheblich sind. Im Regelfall wird daher eine Spürbarkeit vorliegen.

Nach anderer Ansicht wird eine Spürbarkeit nur angenommen, wenn die sich absprechenden Unternehmer zusammen genommen den Einfluß eines Oligopolisten erreichen. Dagegen soll eine Spürbarkeit nicht vorliegen, wenn sie nur die Stellung eines Polypolisten erreichen⁴³⁾. Dabei wird davon ausgegangen, daß ein Oligopol nur bei erheblichem Marktanteil vorliegt. In allen anderen Fällen soll keine Spürbarkeit gegeben sein⁴⁴⁾.

Begründet wird dies mit den Grundsätzen der theoretischen Volkswirtschaftslehre:
Ein Polypolist ist derjenige Unternehmer, der einen verschwindend kleinen Marktanteil hat und diesen auch nicht nennenswert erhöhen kann. Er hat bei vollkommener Markttransparenz keinerlei eigenen Preisspielraum; denn wenn er den Preis über den seiner Konkurrenten erhöht, verliert er seine Kunden an die anderen Anbieter. Diese haben davon jedoch keinen Nutzen, da sein Anteil so verschwindend klein war, daß er - aufgeteilt auf die anderen - bei keinem positiv zu Buche schlägt⁴⁵⁾. Die Preiserhöhung des Polypolisten berührt die anderen daher nicht. Senkt umgekehrt einer der Polypolisten den Preis, möchten zwar alle Kunden die Waren von ihm

43) Sandrock WuW 1969, 205 ff. (209).

44) Sandrock a.a.O.

45) Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 90 m.w.N.

beziehen; infolge seines verschwindend kleinen Marktanteils kann er die gestiegene Nachfrage jedoch nicht befriedigen, so daß die Nachfrager doch ihren bisherigen Anbietern treu bleiben müssen. Was der einzelne Polypolist auch unternimmt, ob er seinen Preis erhöht oder senkt, seine Handlungen können sich auf die anderen Unternehmer nicht auswirken.

Anders verhält es sich im Oligopol, wo nur wenige Unternehmer auf dem Markt tätig sind. Senkt oder erhöht hier einer der Anbieter den Preis und verändert sich dadurch sein Absatz, so wirkt sich dies wegen der geringen Anbieterzahl unmittelbar auf die anderen Unternehmen aus ⁴⁶⁾. Daraus wird gefolgert, daß eine Kooperation nur dann spürbar ist, wenn die zusammenarbeitenden Unternehmen insgesamt die Stellung eines Oligopolisten einnehmen ⁴⁷⁾.

Eine derartige Differenzierung wird der Realität des Wirtschaftslebens aber nicht im mindesten gerecht. Eine Nicht-Spürbarkeit gibt es nur im Fall des theoretisch reinen Polypols, das in der Praxis so gut wie nie zu finden ist. Da der Marktanteil des einzelnen Anbieters nicht gegen Null tendiert und sein Verlust nicht auf die anderen Unternehmen gleichmäßig aufgeteilt wird, gibt es immer Unternehmen, die aus dem Nachteil der anderen Vorteile erzielen. Nicht richtig ist es daher, eine Spürbarkeit erst im Fall eines Oligopols anzunehmen. Eine gewisse Spürbarkeit tritt in allen Fällen auf, weil ein volkswirtschaftlich reines Polypol praktisch nicht vorkommt ⁴⁸⁾.

46) Sandrock a.a.O. S. 92.

47) Sandrock WuW 1969, 210 f.

48) Deshalb arbeitet man in der Volkswirtschaftslehre auch lieber mit der Kreuzpreiselastizität, indem man ermittelt, um wieviel Prozent sich der Absatz des einen Unternehmens durch Preisänderungen des anderen verändert; vgl. etwa Paulsen-Schilcher, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S. 115.

Auch der Grundintention des GWB würde diese Auslegung zuwiderlaufen. Geht man davon aus, daß ein spürbarer Markteinfluß erst durch ein Oligopol eintritt, so wäre die Folge, daß § 1 GWB erst bei Entstehen einer erheblichen Marktstellung eingreifen könnte. Kleinere und mittlere Unternehmen hätten damit meist einen Freibrief für Wettbewerbsbeschränkungen erlangt. Im Ergebnis würden nur noch wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen unter das Verbotprinzip fallen. Damit wäre ein Ergebnis erreicht, das der Gesetzgeber gerade verhindern wollte. Vor Erlaß des GWB war erörtert worden, ob § 1 GWB so formuliert werden sollte, daß nur wesentliche Wettbewerbsbeschränkungen darunter fallen. Man kam zur Überzeugung, daß die Einführung eines einschränkenden Tatbestandsmerkmals Rechtsunsicherheit bei den Beteiligten hervorrufen und zudem eine entscheidende Veränderung der Grundsatzvorschrift bedeuten würde⁴⁹⁾. Nicht gefolgt werden kann daher der Meinung, die einen spürbaren Einfluß erst mit Vorliegen einer oligopolistischen Stellung annimmt.

Lediglich nach dieser letzten Meinung besitzt ein Großteil der Genossenschaften nicht die Eignung, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Nach der Ansicht der Rechtsprechung und herrschenden Meinung erfüllen die Genossenschaften jedoch dieses Tatbestandsmerkmal.

49) Vgl. den Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses, BT-Drucksache 3644/1953, S. 3 ff.

5. Wettbewerbsbeschränkung

Mit der Feststellung, daß der genossenschaftliche Zusammenschluß zur Beeinflussung der Marktverhältnisse geeignet ist, sind vier der fünf erforderlichen Tatbestandsmerkmale des Kartelltatbestandes gegeben ⁵⁰⁾. Die Entscheidung über den Kartellcharakter einer Genossenschaft hängt somit davon ab, ob der Zusammenschluß geeignet ist, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

Dieses Tatbestandsmerkmal ist Ursache großer Kontroversen geworden, die für das hier zu behandelnde Problem von großer Bedeutung sind. Einmal geht es um die Frage, in welcher Beziehung die "Wettbewerbsbeschränkung" zu den anderen Tatbestandsmerkmalen des § 1 GWB steht (Hauptabschnitt II), zum anderen darum, was überhaupt unter einer Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen ist (Hauptabschnitt III).

II. Die Stellung des Tatbestandsmerkmals

"Wettbewerbsbeschränkung" im Aufbau des § 1 GWB

Die Stellung des Tatbestandsmerkmals "durch Beschränkung des Wettbewerbs" ist heute noch überaus umstritten. Je nachdem, wie man die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB zueinander in Beziehung setzt, kommt man zu verschiedenen Ergebnissen.

50) Günther MA 1957, 43.

Bei dieser Auslegung haben sich mehrere Theorien herausgebildet. Die wesentlichen sind die Gegenstands-, Folge- und Zwecktheorie. Unbekannter ist die sogenannte Funktionstheorie.

1. Die Gegenstandstheorie

Die Vertreter der Gegenstandstheorie sind der Ansicht, daß nur ein solcher Vertrag nach § 1 GWB unwirksam ist, der eine Wettbewerbsbeschränkung enthält ¹⁾. Nach ihrer Ansicht ist es nicht ausreichend, daß ein Vertrag nur tatsächlich zur Wettbewerbsbeschränkung führt oder dazu geeignet ist. Das Wort "geeignet" beziehen sie nur auf die Beeinflussung der Marktverhältnisse.

Nach der Gegenstandstheorie enthält ein Vertrag nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sich die Beteiligten in ihm zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Verhalten verpflichten, indem sie auf den autonomen Einsatz wettbewerbspolitischer Variablen verzichten. Die Vertragspartner müssen sich selbst ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten auferlegen, indem sie ihre eigene Handlungsfreiheit einschränken. Verträge, in denen keine derartigen rechtlichen Verpflichtungen übernommen werden, fallen daher niemals unter § 1 GWB, selbst wenn sie eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben.

Genossenschaftsverträge sind nach dieser Theorie dann keine Kartellverträge, wenn sie keinen Bezugs-

1) Vgl. oben S. 3 Fn. 8.

oder Absatzzwang enthalten. Dagegen handelt es sich bei Vorliegen derartiger Verpflichtungen stets um Kartelle ²⁾.

2. Die Folgetheorie

Die Vertreter der Folgetheorie beurteilen das Verhältnis von Wettbewerbsbeschränkung und Vertrag völlig anders. Nach ihnen ist es nicht erforderlich, daß die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt des abgeschlossenen Vertrages ist. Es können daher auch Verträge unwirksam sein, die von ihrem Inhalt her völlig neutral sind ³⁾. Es reicht aus, daß der Vertrag eine Ursache für die Wettbewerbsbeschränkung ist. Entscheidend ist nach der Folgetheorie allein, ob man davon ausgehen kann, daß infolge des Vertrages tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung eintreten wird.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, daß sich das Wort "geeignet" in § 1 GWB auf die Beeinflussung der Marktverhältnisse wie auf die Wettbewerbsbeschränkung bezieht ⁴⁾. Danach ist jeder Vertrag un-

2) Westermann ZgGW 1954, 297 ff.; derselbe, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, S. 20; Ewald WuW 1956, 253 ff. (258); Kröger DB 1962, 1034 ff. (1037 f.); Wolff BB 1966, 920 (922 f.); weitere Nachweise bei Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 61 f.

3) Vgl. oben S. 5 Fn. 12.

4) Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 38.

wirksam, der "geeignet" ist, eine Wettbewerbsbeschränkung hervorzurufen. Eine durch den Vertrag zufällig eintretende Wettbewerbsbeschränkung macht diesen noch nicht unwirksam. Vielmehr muß der Vertrag von vornherein eine generelle ⁵⁾ oder konkrete ⁶⁾ Eignung dazu aufgewiesen haben.

Teilweise wird statt der generellen oder konkreten Eignung ein anderes Kriterium herangezogen. Nach Sandrock soll ein Vertrag dann unwirksam sein, wenn es w a h r s c h e i n l i c h ist, daß er zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Dies ist nach ihm der Fall, wenn die Möglichkeit der Wettbewerbsbeschränkung mehr als 50% beträgt ⁷⁾.

Meines Erachtens ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1 GWB, daß sich das Wort "geeignet" nur auf die Beeinflussung der Marktverhältnisse bezieht. Das Tatbestandsmerkmal "durch Beschränkung des Wettbewerbs" wird als feststehende Tatsache vorausgesetzt ⁸⁾.

5) Baur ZHR 134 (1970), 97 ff. (135).

6) Vgl. Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 243.

7) Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 54.

8) So auch Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann, S. 54 f. Nicht zu folgen ist allerdings der Schlußfolgerung, die er daraus zieht. Beuthien ist der Ansicht, daß die objektiv vorliegende Wettbewerbsbeschränkung als Ursache für die möglicherweise eintretende Marktbeeinflussung nicht zugleich Folge der Marktbeeinflussung sein kann. Dieser ansonsten richtige Gedanke spricht jedoch nicht zwingend dafür, daß unter Wettbewerbsbeschränkung nur die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Handlungsfreiheit zu verstehen ist. Auch wettbewerbsbeschränkende Nachfragemacht kann die Ursache für eine Beeinflussung der Marktverhältnisse sein. Eine zwingende Begründung für die Gegenstandstheorie stellt dieses Argument somit nicht dar.

Anderenfalls müßte § 1 GWB lauten: "Verträge, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken und dadurch die Marktverhältnisse zu beeinflussen".

Für die Erfüllung des Tatbestandes des § 1 GWB reicht es daher nicht aus, wenn der Vertrag nur geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Auch ist es nicht ausreichend, daß die Wettbewerbsbeschränkung mit mehr als 50%iger Wahrscheinlichkeit eintritt. Vielmehr setzt der § 1 GWB seinem Wortlaut nach voraus, daß eine Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich eintreten wird. Da man jedoch nicht mit 100%iger Sicherheit eine Aussage für die Zukunft treffen kann, muß es ausreichen, daß der Vertrag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Eine generelle oder abstrakte Eignung oder eine 50%ige Wahrscheinlichkeit reichen dafür nicht aus.

Anders verhält es sich dann, wenn später infolge des Vertrages eine Wettbewerbsbeschränkung eingetreten ist, die zwar adäquat kausal verursacht wurde, aber zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststand. Der damals abgeschlossene Vertrag konnte seinerzeit noch nicht unwirksam sein, weil die eingetretene Wettbewerbsbeschränkung nur möglich, nicht aber wahrscheinlich war. Tritt eine Wettbewerbsbeschränkung später ein, so wird der Vertrag zu diesem Zeitpunkt unwirksam, denn dann liegen alle Voraussetzungen des § 1 GWB vor: Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerbsbeschränkung", das vorher noch nicht erfüllt war und auch nicht mit hinreichender Sicherheit prognostizierbar war, ist eingetreten; alle anderen Tatbestandsmerkmale waren bereits vorher er-

füllt. Der Vertrag wird daher unwirksam 9).

Einigkeit besteht zwischen allen Vertretern der Folgetheorie, daß es nicht darauf ankommt, ob die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt des abgeschlossenen Vertrages ist. Entscheidend ist, daß eine tatsächliche, nicht lediglich durch Zufall eintretende Wettbewerbsbeschränkung zur Unwirksamkeit des Vertrages führt.

3. Die Zwecktheorie

Als vermittelnde Meinung wird die Zwecktheorie vertreten 10). Oftmals wird sie auch als modifizierte Gegenstandstheorie angesehen 11). Nach ihr fallen diejenigen Verträge unter § 1 GWB, die ihrem Inhalt nach schon eine Wettbewerbsbeschränkung enthalten. Insoweit folgt sie der Gegenstandstheorie. Darüber

9) So auch Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 57 f. und Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 149. Nach a.A. kann ein ursprünglich wirksamer Vertrag später nicht unwirksam werden, doch sieht auch diese Meinung am Festhalten des Vertrages eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB); vgl. Staudinger-Coing § 138 Anm. 6; Soergel-Hefermehl § 138 Anm. 18 f.

10) Fikentscher WuW 1960, 680 ff. (681); derselbe, Die Interessengemeinschaft, S. 42; derselbe in: Festschrift für Harry Westermann, S. 87 ff. (102 ff.); Günther in: 10 Jahre Bundeskartellamt, S. 11 ff. (14); Bericht des Bundeskartellamts 1967, BT-Drucksache 5/2841, S. 18.

11) Benisch DB 1969, 247 ff. (251 f.); Hefermehl in: Kooperative Marktinformation, S. 32; Müller-Henneberg § 1 Rdn. 72.

hinaus sieht sie aber auch Verträge, die keine Wettbewerbsbeschränkung enthalten, als unwirksam an, wenn die Parteien mit ihnen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. In diesem Fall ist erforderlich, daß sich der gemeinsame Zweck des § 1 GWB auf die Wettbewerbsbeschränkung bezieht ¹²⁾.

Weiterhin sind nach dieser Theorie alle Verträge unwirksam, denen die Wettbewerbsbeschränkung als gemeinsames Motiv oder Geschäftsgrundlage zugrunde liegt. Auch fallen die Verträge darunter, bei denen die Wettbewerbsbeschränkung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einzuhalten ist, wenn die Wirksamkeit des Vertrages unterstellt wird ¹³⁾. In all diesen Fällen tritt die Unwirksamkeit ein, ohne daß die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt des Vertrages sein muß.

4. Die Funktionstheorie

Eine weitere vermittelnde Ansicht stellt auf die Funktion des Vertrages ab ¹⁴⁾. Sie wird deshalb als Funktionstheorie bezeichnet. Sie sieht die Gefährlichkeit für den Wettbewerb nur in bestimmten typischen Inhalten von Verträgen und Beschlüssen und will deshalb nur diese als unwirksam ansehen. Erforderlich ist nach ihr eine Konkretisierung des

12) Fikentscher in: Festschrift für Harry Westermann, S. 103.

13) Fikentscher a.a.O.

14) Rittner in: Theorie und Praxis der Kooperation, 1972, S. 155 ff.

§ 1 GWB in typische Vertragstypen ¹⁵⁾. Eine Aussage darüber, welche bestimmten Vertragstypen besonders wettbewerbsschädlich sind, hat die Funktionstheorie nicht getroffen.

5. Die Praxis des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt hatte zunächst der Folgetheorie zugeneigt ¹⁶⁾. Nachdem der damalige Präsident Günther 1957 in einem Aufsatz ¹⁷⁾ die Ansicht vertreten hatte, daß die Einkaufsketten nur dann dem § 1 GWB unterfallen, wenn sie ihren Mitgliedern einen Bezugszwang auferlegen, wandte sich das Bundeskartellamt von da ab der Gegenstandstheorie zu. So hat es einen Urheberverwertungsvertrag für wirksam angesehen, der lediglich zu faktischen Wettbewerbsbeschränkungen führen konnte ¹⁸⁾. Dasselbe hat es ausdrücklich für Einkaufsgemeinschaften des Handels ausgesprochen, soweit eine vertragliche Verpflichtung zum Einkauf nicht vereinbart war ¹⁹⁾. 1961 wurde eine Produktions- und Verkaufsgemeinschaft für unbedenklich erklärt, nachdem ein vereinbartes Wettbewerbsverbot aufgehoben worden war ²⁰⁾.

15) Rittner in: Theorie und Praxis der Kooperation, 1972, S. 155 ff., insbesondere S. 163 ff.

16) Ausführungen bei Benisch in: 10 Jahre Kartellgesetz, S. 21 f.

17) MA 1957, 35 ff.

18) Bericht des Bundeskartellamts 1960, S. 18.

19) Benisch in: 10 Jahre Kartellgesetz, S. 17.

20) Bekanntmachung des Bundeskartellamts Nr. 77, WuW 1961, 858.

Im Jahre 1962 hat das Bundeskartellamt seine Bedenken gegenüber ehemaligen Syndikaten fallen gelassen und - nach Beseitigung der vereinbarten Bezugspflichten - die Weiterexistenz einer Verkaufsgemeinschaft gebilligt, die bis dahin infolge der Verpflichtung ein Kartell gewesen war ²¹⁾. Seitdem sind wiederholt Verkaufsgemeinschaften als unbedenklich bezeichnet worden, wenn keine Andienungspflicht damit verbunden war ²²⁾.

Von 1967 an hat das Bundeskartellamt dann in einzelnen Entscheidungen die Grundlage der Gegenstandstheorie verlassen. Obwohl eine rechtliche Verpflichtung zur Andienung nicht bestand, hat es in mehreren Entscheidungen Verkaufsgemeinschaften als unzulässig angesehen, weil die vertragliche Ausgestaltung insgesamt bewirkte, daß die Beteiligten faktisch sich in gleicher Weise verhielten ²³⁾.

Wie zu Beginn seiner Entscheidungstätigkeit neigt das Bundeskartellamt heute wieder der Folgetheorie zu ²⁴⁾.

6. Die neuere Rechtsprechung zu den Theorien

In den 60er Jahren hatte die Rechtsprechung fast ausnahmslos die Gegenstandstheorie vertreten ²⁵⁾.

21) Müller-Henneberg § 1 Rdn. 72.

22) Bericht des BKartA 1963, S. 18 und 35; 1966, S. 41.

23) Vgl. Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 69.

24) Vgl. Müller-Gries-Giessler a.a.O.

25) Vgl. BGHZ 37, 194 ff. = WuW/E 486/492 f. = "Spar"; WuW/E 519 f.; BB 1963, 250 f.

Lediglich in der 1961 ergangenen "Glasglühkörperentscheidung" ²⁶⁾ wurde die Folgetheorie vertreten, indem festgestellt wurde, daß sich der gemeinsame Zweck nicht auf die Wettbewerbsbeschränkung beziehen müsse, sondern die objektive Eignung ausreiche, durch Beschränkung des Wettbewerbs die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Mit Ausnahme dieser Entscheidung hielt sich die Rechtsprechung im Rahmen der Gegenstandstheorie.

Die jüngere Rechtsprechung hat insoweit eine Kehrtwendung vollzogen. In einem 1975 ergangenen Beschluß des BGH ²⁷⁾ wurde ein Vertriebsgesellschaftsvertrag

26) BGHZ 31, 105 = WuW/E 359/363 = "Glasglühkörper".

27) WRP 1975, 665 ff. = NJW 1975, 1837 ff. = ZVN-Vertriebsgesellschaftsvertrag. Zur Kritik aus der Sicht der Gegenstandstheorie vgl. Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann. Dieser ist der Ansicht, daß die Abstimmungen keinen Vertragscharakter hatten, so daß § 1 GWB unanwendbar sei und die Lösung über § 25 GWB hätte erfolgen müssen (vgl. Beuthien a.a.O., insb. S. 66 ff.). Durch eine restriktive Auslegung des Begriffes "Wettbewerbsbeschränkung", die nicht - wie das Gericht - auf den Zustand, sondern auf die Verhaltensweise Dritter abstellt, kommt er dann zu dem Ergebnis, daß weder eine Abstimmung noch eine Wettbewerbsbeschränkung vorgelegen habe. Zur ZVN-Entscheidung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch Neumann ZgGW 27 (1977), 366 ff. (369 f.). Den Unterschied zwischen einer Verkaufsgesellschaft und einer Einkaufsgenossenschaft sieht er darin, daß eine Verkaufsgemeinschaft im Gegensatz zu einer Einkaufsgenossenschaft nur bei marktbeherrschender Stellung Erfolg haben kann. Neumann übersieht, daß dies letztlich eine Frage von Käufer- und Verkäufermarkt ist. Wenn ein Käufermarkt herrscht, können sich nur marktmächtige Verkaufsgemeinschaften halten, besteht ein Verkäufermarkt, so können sich zwar schwache Verkaufsgemeinschaften, dagegen nur marktbeherr-

für unwirksam erklärt, obwohl in ihm keine Andienungspflicht vereinbart worden war. Die zwischen einer Zementverkaufsgesellschaft und ihren Gesellschaftern geschlossenen Verträge sahen vor, daß diese ihre Waren über die Verkaufsstelle absetzen konnten, ohne eine dahingehende Verpflichtung zu enthalten. Der BGH stellte in dieser Entscheidung fest, daß der Kartelltatbestand nicht erst erfüllt ist, wenn die Wettbewerbsbeschränkung vertraglich vereinbart wurde; auf der anderen Seite sollte das Kartellverbot aber noch nicht eingreifen, wenn der Vertrag rein faktisch zu einem Zustand führt, bei dem der Wettbewerb gewissen Beschränkungen ausgesetzt ist. Der Kartelltatbestand sei jedenfalls dann erfüllt, wenn die Gesellschaft zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung aufrechterhalten werde ²⁸⁾. Eine detaillierte Abgrenzung zwischen Zweck- und Folgetheorie hatte der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung nicht vorgenommen; das war auch nicht nötig, da die eintretende Wettbewerbsbeschränkung von den Parteien bezweckt war und somit nach beiden Theorien der Kartelltatbestand vorlag.

Ebenfalls in einem Beschluß des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1975, der die Aluminium-Halbzeugindustrie betraf, wurde ein Marktinformationsverfahren für unwirksam erachtet ²⁹⁾. Darin hatten mehrere

schende Einkaufsgemeinschaften halten. Letztlich müßte nach Neumann die Kartelleigenschaft davon abhängen, ob ein Käufer- oder Verkäufermarkt existiert, ein nicht vertretbares Ergebnis.

28) NJW 1975, 1840, linke Spalte.

29) NJW 1975, 788 = BB 1975, 342 = WuW/E BGH 1337.

Hersteller vereinbart, die Preise und abgesetzten Mengen einer Informationsstelle mitzuteilen, von der die anderen Mitglieder ihrerseits die Daten erfahren konnten. Obwohl sich die Parteien in diesem Vertrag bezüglich ihres Verkaufspreises keiner Beschränkung unterworfen hatten, sie also nach wie vor Waren in jeder beliebigen Menge zu jedem von ihnen gewünschten Preis verkaufen konnten, wurde der Vertrag für unwirksam erachtet, weil er faktisch zu einer Preisstarrheit und damit zu einem Erschlaffen des Wettbewerbs führt. Während ohne Preisinformation sich jeder Anbieter bemühen muß, besonders günstig anzubieten, führt dieses dazu, daß er zu den gleichen Preisen anbietet wie die Konkurrenz. Jeder Anbieter ist sich bewußt, daß ein niedriger Preis die anderen zum Nachziehen veranlaßt, so daß seine Preisreduzierung für ihn auf Dauer nicht vorteilhaft, sondern nachteilig ist. Das Marktinformationsverfahren beseitigt gegenseitiges Preisunterbieten und führt daher zur Wettbewerbsbeschränkung.

Auch in diesem Fall mußten - genau wie bei dem Fall der Zementverkaufsstelle - keine großen Ausführungen zu den Theorien gemacht werden, denn da die Wettbewerbsbeschränkungen bezweckt waren, lag sowohl nach der Zweck- als auch nach der Folgetheorie der Kartelltatbestand vor.

Diese BGH-Entscheidungen waren vorbereitet worden durch zwei andere Entscheidungen aus dem Jahre 1972, in denen ebenfalls Marktinformationsverfahren für

unwirksam erklärt worden waren ³⁰⁾. Diese Entscheidungen ergingen allerdings noch auf der Grundlage der Gegenstandstheorie. Zwar wurde in ihnen die Richtigkeit dieser Theorie in Zweifel gezogen, jedoch ohne sich ausdrücklich gegen sie zu entscheiden. Vielmehr wurde auch nach der Gegenstandstheorie eine Wettbewerbsbeschränkung bejaht, da die Beteiligten v e r p f l i c h t e t waren, die Preise der Informationsstelle mitzuteilen. Ihr Verhalten hatte einen vertraglichen Verzicht auf Geheimwettbewerb dargestellt und unterfiel damit auch nach dieser Theorie dem § 1 GWB.

7. Das Europäische Recht

Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag lautet:

Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere ...

Diese Formulierung kommt der Zwecktheorie sehr nahe. Jeder Vertrag, mit dem eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, ist unwirksam. Gleichzeitig bein-

30) KG Berlin WuW/E OLG 1327 ff. = BB 1973, 303 f. = "Halbzeug"; WuW/E OLG 1253 ff. = BB 1972, 1241 ff. = DB 1972, 1381 ff. = JuS 1973, 249 f. Beide Beschlüsse wurden im Schrifttum ausgiebig kommentiert; vgl. Benisch DB 1972, 1709 ff.; derselbe WuW 1974, 69 ff.; Stuhr WRP 1973, 505 ff.; Behrens WRP 1974, 534 ff.

haltet diese Vorschrift aber auch die Folgetheorie, was sich aus dem Wort "bewirken" ergibt. Verträge, die eine Wettbewerbsbeschränkung weder beinhalten noch bezwecken, sind danach auch unwirksam, falls sie nur objektiv zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen. Nach dem EWG-Recht ist es nicht erforderlich, daß die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt des abgeschlossenen Vertrages ist. Die für § 1 GWB angewandte restriktive Auslegung des GWB hat im Rahmen des Artikel 85 EWG-Vertrag keinen Platz ³¹⁾. Trotzdem würde ein Unterschied zwischen dem deutschen Recht unter Zugrundelegung der Folgetheorie und dem europäischen Recht bestehen, wenn man den § 1 GWB so auslegt, daß sich das Wort "geeignet" auf die Wettbewerbsbeschränkung bezieht ³²⁾. Teilweise wird von den Vertretern der Folgetheorie diese Beziehung angenommen ³³⁾. Danach wäre nach deutschem Recht ein Vertrag schon unwirksam, wenn er geeignet ist, die Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, nach europäischem Recht dagegen müßte eine Wettbewerbsbeschränkung eintreten oder eingetreten sein. Nach der hier vertretenen Auffassung bezieht sich das Wort "geeignet" nur auf die Beeinflussung der Marktverhältnisse und nicht auf den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung ³⁴⁾. Danach reicht es auch nach

31) Vgl. Gleiss-Hirsch, EWG-Kartellrecht Art. 85 Rdn. 27.

32) So ausdrücklich Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 9.

33) Vgl. oben S. 63 f.

34) Vgl. oben S. 64 f.

deutschem Recht nicht aus, daß ein Vertrag geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Vielmehr muß diese - ebenso wie beim EWG-Recht - mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten. § 1 GWB ist bei dieser Auslegung nicht anders strukturiert als Artikel 85 EWG-Vertrag ³⁵⁾.

8. Die Beurteilung der Gegenstandstheorie

1. Die Vertreter der Gegenstandstheorie weisen als Hauptargument darauf hin, daß nur ihre Theorie zu einer hinreichenden Rechtssicherheit führt. Die Ermittlung, ob ein Vertrag zur Wettbewerbsbeschränkung führen wird, ist oft sehr schwer, da eine Prognose *ex ante* zu fällen ist ³⁶⁾. Für besonders schwerwiegend halten sie diesen Mangel, wenn ein Vertrag zum einen Zeitpunkt eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, zu einem anderen dagegen nicht. Stellt man auf die tatsächliche Lage ab, so müsse der Vertrag ständig zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit hin- und herpendeln. Eine derartige Rechtsunsicherheit könne vom GWB nicht beabsichtigt sein ³⁷⁾; daher dürfe man nicht auf die tatsächliche Rechtslage abstellen, sondern nur darauf, ob der Vertrag selbst eine Wettbewerbsbeschränkung enthalte.

35) So aber Beuthien a.a.O.

36) Halbey Jura 1970, 34 ff. (42 ff.).

37) Vgl. Halbey a.a.O.; Wiedemann in: Festschrift für Larenz, 1973, 199 ff. (207 ff.); Baur ZHR 134 (1970), S. 97 ff. (123 ff.).

Indes ist dies kein überzeugendes Argument für die Gegenstandstheorie. Zwar führt diese Theorie zu einer größeren Rechtssicherheit, denn der Inhalt eines Vertrages ist leichter zu ermitteln als seine Wirkungen. Die in tatsächlicher Hinsicht bestehenden größeren Ermittlungsschwierigkeiten rechtfertigen jedoch keine Ablehnung der Folgetheorie ³⁸⁾; die Schwierigkeiten sind nämlich keineswegs so groß, wie die Gegenstandstheorie vorgibt. In der Regel führt ein Vertrag zu den Auswirkungen, die die Parteien mit ihm anstreben. Da die den Vertragsparteien zugrundeliegenden Ziele sich in wenigen Gruppen zusammenfassen lassen, bereitet es keine allzu großen Schwierigkeiten festzustellen, ob ein Vertrag zur Wettbewerbsbeschränkung führen wird.

Das Hauptproblem dürfte darauf beruhen, daß über den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung Uneinigkeit besteht. Je nach verschiedener Auslegung kann man im Einzelfall zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. Dieses Problem ist später noch zu behandeln. Die Wirkungen eines Vertrages, auf die es hier allein ankommt, kann man aber mit ziemlicher Sicherheit voraussagen. Das Argument der mangelnden Rechtssicherheit spricht daher nicht entscheidend für die Gegenstandstheorie.

Was den Vorwurf des ständigen Hin- und Herschwankens betrifft, so ist dies keine notwendige Konsequenz der Folgetheorie. Maßgeblich für die kartellrecht-

38) Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 56 ff.

liche Beurteilung ist die Prognose im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ³⁹⁾. Führt diese dazu, daß der Vertrag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Wettbewerbsbeschränkung führt, so ist der Vertrag unwirksam. Dieser kann bei Wegfall der Wettbewerbsbeschränkung später nicht wieder wirksam werden. Dies ergibt sich aus den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, die in den §§ 134, 138 BGB niedergelegt sind ⁴⁰⁾. Verstößt ein ursprünglich nichtiger Vertrag nicht mehr gegen diese Normen, verliert er nachträglich den Charakter der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, so bleibt er gleichwohl nichtig ⁴¹⁾, ein automatisches Wiederaufleben gibt es nicht ⁴²⁾.

Bewirkt der Vertrag später adäquat kausal eine Wettbewerbsbeschränkung, das heißt, war die später eintretende Wettbewerbsbeschränkung vorhersehbar, so wird der Vertrag nachträglich unwirksam ⁴³⁾. Bei späterem Wegfall der Wettbewerbsbeschränkung bleibt

39) Vgl. Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 13; Sandrock a.a.O. S. 57.

40) Sandrock a.a.O. S. 58.

41) Vgl. z.B. Soergel-Siebert, BGB § 134 Rdn. 35.

42) Sandrock a.a.O.

43) Sandrock a.a.O. S. 58; nach a.A. kann der Vertrag später nicht unwirksam werden, das Festhalten am Vertrag stellt jedoch eine unzulässige Rechtsausübung iSd. § 242 BGB dar (vgl. Staudinger-Coing § 138 Anm. 6; Soergel-Hefermehl § 138 Anm. 18). Einigkeit besteht wohl darin, daß der Vertrag nicht ex tunc unwirksam werden kann (Schmidt ZHR 142 (1978), S. 147 ff. (162 f.)).

er nichtig; ein ständiges Hin- und Herpendeln zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit kann es auch nach der Folgetheorie nicht geben ⁴⁴⁾.

Außerdem spricht das Vorliegen einer gewissen Rechtsunsicherheit noch nicht gegen die Folgetheorie. Die Theorie, die die größte Rechtssicherheit aufzuweisen hat, muß nicht immer die beste sein.

Zwar erweist sich die Rechtsunsicherheit als besonders unerträglich, wenn davon die Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrages abhängt; die Beteiligten müssen Klarheit über ihre gesellschaftsrechtliche Stellung haben. Die Rechtsunsicherheit ist in den Fällen erträglicher, in denen eine unbeteiligte dritte Stelle im Einzelfall eine Entscheidung bezüglich der Wirksamkeit trifft, die konstitutive Wirkung hat ⁴⁵⁾.

Die Auswirkungen einer bestehenden Rechtsunsicherheit sind aber nicht so unerträglich, wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Auch wenn sich der Gesellschaftsvertrag nachträglich als nichtig herausstellt, so führt dies nicht dazu, daß die Beteiligten so gestellt werden, als wäre niemals ein Vertrag abgeschlossen worden. Vielmehr greifen die Grundsätze über die faktische Gesellschaft ein ⁴⁶⁾. Für die Vergangenheit werden die Beteiligten so ge-

44) Sandrock a.a.O.

45) Halbey Jura 1970, 43.

46) Vgl. z.B. Bandasch, HGB, Einleitung zu § 105 Anm. IV 3.

stellt, als hätte ein wirksamer Vertrag vorgelegen. Intern ist keine Rückabwicklung nach Bereicherungsgrundsätzen erforderlich. Dritte, die mit der Gesellschaft geschäftlich tätig wurden, werden in ihrem Vertrauen auf deren Bestand geschützt. Tritt eine Rechtsunsicherheit ein, so führt diese nicht zu unerträglichen Auswirkungen.

Darüber hinaus bewirkt das Kriterium des Verschuldens, daß die Vertragspartner nicht zu stark beeinträchtigt werden. Wenn die Beteiligten von der Gültigkeit eines unwirksamen Vertrages ausgehen und in Ausführung seiner Bestimmungen anderen Wirtschaftsteilnehmern Schaden zufügen, so führt dies noch nicht zu einer Schadensersatzpflicht der Vertragsbeteiligten. Gemäß § 35 GWB trifft sie diese nur, wenn sie insoweit vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Konnten die Vertragsbeteiligten von der Gültigkeit eines Vertrages ausgehen, so sind sie nicht Schadensersatzpflichtig.

Dasselbe muß für die Festsetzung eines Ordnungsgeldes gelten. Zwar steht in § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht ausdrücklich, daß man sich vorsätzlich oder fahrlässig über die Unwirksamkeit eines Vertrages hinweggesetzt haben muß, doch entspricht es den allgemeinen strafrechtlichen und ordnungsrechtlichen Grundsätzen, daß nur dann ein Bußgeld festgesetzt werden kann, wenn die Beteiligten insoweit ein Verschulden trifft. Beteiligte, die die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen ihres Vertrages nicht kennen, können ihn daher so lange unbedenklich durchführen, bis die Kartellbehörde ihn gemäß § 37 a GWB untersagt.

Haben die Vertragspartner aber von den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen ihres Vertrages Kenntnis, so besteht kein Grund, diesen Vertrag als wirksam zu behandeln, auch dann nicht, wenn sie bei Abschluß ihres Vertrages diese noch nicht vorhergesehen haben. Es ist nicht einsichtig, warum es der Kartellbehörde verwehrt sein soll, die Praktizierung eines Vertrages zu untersagen, von dem wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen. Die Rechtssicherheit der Gegenstandstheorie wird dadurch erreicht, daß sie wettbewerbsbeschränkende Verträge für zulässig ansehen will. Die Rechtssicherheit geht zu Lasten eines effektiven Wettbewerbsschutzes. Dem ersten Argument der Gegenstandstheorie kommt daher keine große Bedeutung zu.

2. Als weiteres Argument verweisen die Vertreter der Gegenstandstheorie auf den im Jahre 1973 eingeführten § 25 Abs. 1 GWB ⁴⁷⁾.

Danach ist ein aufeinander abgestimmtes Verhalten, das nach diesem Gesetz nicht zum **G e g e n s t a n d** einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf, verboten. Aus dem Tatbestandsmerkmal "Gegenstand" folgern sie, daß sich der Gesetzgeber in § 1 GWB für die Gegenstandstheorie entschieden habe ⁴⁸⁾.

47) Gleiss-Bechtold BB 1973, 1142 ff. (1145); Benisch, Kooperationsfibel 1973, S. 80; derselbe WuW 1974, 69 ff. (71); Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann, S. 68 ff.

48) Benisch a.a.O.; vgl. auch Beuthien a.a.O. S. 55 sowie DB 1977, Beilage 5/77, S. 9.

In Wirklichkeit stellt dies aber kein entscheidendes Argument dar: Die Tatsache, daß in § 25 GWB das Tatbestandsmerkmal "Gegenstand" erwähnt ist, ist noch kein Bezug auf diese Theorie ⁴⁹⁾. Damit würde man dem Gesetzgeber einen Willen unterstellen, den er nicht gehabt hat ⁵⁰⁾. Hätte der Gesetzgeber wirklich die Gegenstandstheorie gesetzlich festlegen wollen, hätte es dazu weitergehender Änderungen bedurft. Auch nach der Folgetheorie darf eine Wettbewerbsbeschränkung nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Einigung gemacht werden, da dies wettbewerbsbeschränkende Wirkungen verursacht.

Weiterhin spricht auch die Existenz des § 25 GWB nicht für die Gegenstandstheorie. Auf den ersten Blick scheint es zwar, daß § 25 GWB die Lücken, zu denen die Gegenstandstheorie notwendigerweise führt, beseitigen wollte.

Diese Ansicht ist aber nicht richtig. § 25 GWB will in gleicher Weise auch Lücken schließen, die sich bei der Folgetheorie ergeben. Was § 25 GWB von § 1 GWB unterscheidet, ist die Tatsache, daß auf das Tatbestandsmerkmal "Vertrag" verzichtet wird. Dieses ist sowohl nach der Gegenstands- wie nach der Folgetheorie erforderlich.

Anlaß für diese Vorschrift war die sogenannte Teer-farbenentscheidung des Bundesgerichtshofs ⁵¹⁾. Diese

49) Kilian NJW 1974, 289 ff. (291).

50) Emmerich-Gansweid JuS 1976, 432 ff. (435).

51) BGHSt 24, 54 = WuW/E BGH 1147 = JuS 1971, 259 Nr. 1; zu diesem Beschluß sind zahlreiche Anmerkungen veröffentlicht worden; vgl. Lüderssen, Erfahrung als Rechtsquelle; Steindorff in: Festschrift für Larenz, 1973, S. 217 ff.; Futter in: Festgabe für Esser, 1975, 37 ff.

Entscheidung ist auf Grundlage der Gegenstandstheorie ergangen. In ihr wurde ein wettbewerbswidriges Gleichverhalten deshalb für erlaubt angesehen, weil sich nicht mit hinreichender Sicherheit ein Vertrag nachweisen ließ. Um in Zukunft hiergegen etwas unternehmen zu können, wurde der neue § 25 GWB geschaffen⁵²⁾. Es wurde insoweit eine Angleichung an das europäische Recht vorgenommen⁵³⁾. Während § 1 GWB nur die Unwirksamkeit von Verträgen vorsieht, ist nach Artikel 85 EWG-Vertrag auch ein aufeinander abgestimmtes Verhalten unzulässig⁵⁴⁾. Zur Interpretation dieser neuen Bestimmung wurde ausdrücklich auf das EG-Recht verwiesen. Danach liegt ein aufeinander abgestimmtes Verhalten noch nicht vor, wenn sich die Beteiligten faktisch parallel verhalten, auch dann nicht, wenn ein Teil der Unternehmer den anderen folgt. Erforderlich ist vielmehr, daß insoweit eine Verständigung stattgefunden hat. Wie der Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages ausdrücklich erwähnte, besteht die Neuerung des § 25 GWB darin, daß sie eine Abstimmung voraussetzt, die noch nicht die Voraussetzungen einer vertraglichen Einigung erfüllt, die sich oft nur schwer feststellen läßt, die aber über das bloße Parallelverhalten hinausgeht⁵⁵⁾.

Bedeutungsvoll ist diese Vorschrift insbesondere bei oligopolistischer Verhaltensweise. Eine Preiserhöhung im Alleingang ohne vorherige Abstimmung mit den Konkurrenten ist für einen Oligopolisten riskant: Folgen die anderen nicht, so muß er seine Preise wieder zurücknehmen und einen erheblichen Prestigeverlust gegenüber seiner eigenen Kundschaft hinnehmen. Eine vorherige Abstimmung mit den Konkurrenten kann diese Unsicherheit beseitigen. Selbst wenn diese nur unverbindlich in Aussicht stellen, den Preisführer nicht im Stich zu lassen, hat seine Position durch den Abbau des Unsicherheitsfaktors eine entscheidende Verbesserung erfahren⁵⁶⁾.

52) So ausdrücklich der wirtschaftspolitische Ausschuß, BT-Drucksache 7/765, S. 9.

53) Ausschußbericht a.a.O. S. 8 f.

54) Vgl. oben S. 73.

55) Ausschußbericht a.a.O. S. 9.

56) Sandrock BB 1973, 101 ff. (102); vgl. auch Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann, S. 61.

Eine derartige unverbindliche Inaussichtstellung führt mangels Vertrages auch nach der Folgetheorie nicht zur Anwendbarkeit des § 1 GWB. Daher hat diese Vorschrift sowohl für die Gegenstands- wie die Folgetheorie die gleiche Bedeutung, denn dieses Tatbestandsmerkmal ist nach beiden Theorien erforderlich.

Die Folgetheorie wird durch § 25 GWB auch nicht überflüssig⁵⁷⁾. Dies gilt insbesondere, wenn die Tatbestandsmerkmale "Abstimmung" und "Wettbewerbsbeschränkung" restriktiv ausgelegt werden und damit die Anwendbarkeit des § 25 GWB stark eingeschränkt wird⁵⁸⁾. Zudem kann § 25 GWB niemals die Unwirksamkeit eines Vertrages herbeiführen.

Als letztes Argument vertritt die Gegenstandstheorie die Ansicht, der Wortlaut des § 1 GWB spreche für sie. Nach diesem beziehe sich das Wort "geeignet" nur auf die Marktbeeinflussung und nicht auf die Wettbewerbsbeschränkung. Daraus folgern sie, daß die Wettbewerbsbeschränkung vom Vertrag umfaßt sein müsse⁵⁹⁾.

Indes spricht auch dieses Argument nicht für die Gegenstandstheorie. Auch nach hier vertretener Ansicht bezieht sich das Wort "geeignet" nur auf die Marktbeeinflussung⁶⁰⁾. Daraus folgt aber nicht, daß

57) So aber Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann, S. 68 ff. und Schmidt ZHR 142 (1978), S. 147 ff. (153).

58) So kommt Beuthien in: Festschrift für Gunther Hartmann, insb. S. 66 ff., der den ZVN-Vertriebsgesellschaftsvertrag über § 25 GWB löst, zu dem Ergebnis, daß weder eine "Abstimmung" noch eine "Wettbewerbsbeschränkung" gegeben sei. Er hält deshalb den von der Rechtsprechung für unwirksam erachteten Vertriebsgesellschaftsvertrag für zulässig.

59) Wolff BB 1966, 920 ff. (923); Müller-Henneberg § 1 Rdn. 72.

60) Vgl. oben S. 64 f.

die Wettbewerbsbeschränkung vom Vertrag umfaßt sein muß. Vielmehr ist § 1 GWB danach so auszulegen, daß die Verträge, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, unwirksam sind, soweit sie geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Dieser Wortlaut spricht nicht für die Gegenstandstheorie; es besteht keinerlei Beziehung zwischen Vertrag und Wettbewerbsbeschränkung.

Umgekehrt ist es vielmehr so, daß der Wortlaut das entscheidende Argument für die Folgetheorie ist. Er stellt bezüglich der Wettbewerbsbeschränkung allein auf die objektive Lage ab. Unabhängig von der Frage, ob sich das Wort "geeignet" nur auf die Marktbeeinflussung oder auch auf die Wettbewerbsbeschränkung bezieht, ergibt sich, daß dieses Tatbestandsmerkmal objektiv zu beurteilen ist. Wäre die Ansicht der Gegenstandstheorie richtig, so müßte § 1 GWB lauten: "Verträge, die eine Wettbewerbsbeschränkung enthalten, sind unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen".

Der Wortlaut des § 1 GWB spricht daher eindeutig gegen die Gegenstandstheorie.

Ein weiterer Nachteil dieser Theorie ist, daß sie den vom GWB angestrebten umfassenden Wettbewerbschutz nicht herstellen kann. Trotz gleicher wettbewerbsrechtlicher Auswirkungen können die Parteien dem Eingreifen des GWB allein dadurch entgehen, daß sie ihre Verträge anders abfassen ⁶¹⁾. Bereits vorne

61) Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 242.

wurde erwähnt, daß die Verkaufsgemeinschaft ohne Andienungszwang die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen verursacht wie eine mit Andienungszwang, wenn alles über die Gemeinschaft abgesetzt wird ⁶²⁾. Die Auswirkungen auf die anderen Marktteilnehmer sind in beiden Fällen gleich unangenehm. Deshalb ist es nicht gerechtfertigt, nur den einen Vertrag als unwirksam anzusehen.

Besonders deutlich wird dies, wenn man sich vor Augen führt, daß heute Methoden anwendbar sind, die die einzelnen Unternehmen enger aneinander binden als vertragliche Verpflichtungen, die nach der Gegenstandstheorie aber wirksam wären ⁶³⁾. So ist es möglich, daß wirtschaftliche Nachteile, die ein Mitglied infolge des Gemeinschaftsverkaufs erleidet, durch eine gemeinsame Kasse ausgeglichen werden. Auch besteht die Möglichkeit, daß den beteiligten Unternehmen durch die Gemeinschaft höhere Erlöse garantiert werden als vor der Zusammenarbeit. Dazu ist diese ohne weiteres in der Lage, wenn sie bei unelastischer Nachfrage ⁶⁴⁾ höhere Preise verlangt. Derartige wirtschaftliche Vorteile binden die beteiligten Unternehmen in der Regel fester an die Gemeinschaft, als es vertragliche Verpflichtungen könnten ⁶⁵⁾. Die Nachteile der anderen Marktteil-

62) Vgl. oben S. 26.

63) Sandrock a.a.O.

64) Eine unelastische Nachfrage bedeutet, daß die Nachfrage auf Preisänderungen relativ wenig reagiert. Trotz steigender Preise geht die nachgefragte Menge kaum zurück.

65) Sandrock a.a.O.

nehmer bestehen in diesen Fällen in der Einschränkung der Wahlfreiheit, die zusätzlich mit ungünstigeren Preisen zu bezahlen ist. Die Gegenstandstheorie würde dazu führen, daß alle diese Praktiken zulässig wären. Der vom GWB angestrebte Wettbewerbsschutz könnte durch sie umgangen werden. Sie kann daher nicht Grundlage des GWB sein.

9. Die Beurteilung der Zwecktheorie

Die Zwecktheorie wird meist als modifizierte Gegenstandstheorie angesehen ⁶⁶⁾. Sie trägt der Tatsache Rechnung, daß die Unternehmen ihre wettbewerbsbeschränkenden Ziele oft nicht in den Vertrag selbst hineinschreiben, daß aber trotzdem eine Möglichkeit bestehen muß, derartige Verträge als unwirksam zu behandeln. Sie ist daher der Gegenstandstheorie vorzuziehen.

Gleichwohl wird man diese Theorie nicht zur Grundlage des GWB machen können. Einmal läßt sich die Differenzierung, daß eine Wettbewerbsbeschränkung entweder Vertragsinhalt, Geschäftsgrundlage oder vom gemeinsamen Zweck umfaßt sein muß, nicht aus dem Ge-

66) Benisch DB 1969, 247 ff. (251); Hefermehl in: Kooperative Marktinformation, S. 32; Müller-Henneberg § 1 Rdn. 72.

setzeswortlaut herleiten ⁶⁷⁾. Zum anderen würde bei ihr der wettbewerbsrechtliche Schutz Dritter von der subjektiven Einstellung der am Vertrag Beteiligten abhängen ⁶⁸⁾.

Haben alle Vertragsbeteiligten eine später eintretende Wettbewerbsbeschränkung nicht vorausgesehen, so wäre der Vertrag wirksam; das gilt selbst dann, wenn vom objektiven Standpunkt aus gesehen mit Sicherheit davon ausgegangen werden konnte, daß der Vertrag zur Wettbewerbsbeschränkung führt. Auch wenn jedem Unbeteiligten die eintretenden wettbewerbsbeschränkenden Folgen offensichtlich waren, nur den Beteiligten selbst nicht, wäre der Vertrag gültig. Im Ergebnis würden daher die wenig voraussichtigen Unternehmer privilegiert werden ⁶⁹⁾.

Problematisch sind die Rechtsfolgen, wenn ein Teil der am Vertrag beteiligten Unternehmer die Wettbewerbsbeschränkung vorausgesehen hat, der andere dagegen nicht ⁷⁰⁾. Ebenso ist es, wenn nur einige Partner Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken, während die anderen völlig legitime Zwecke anstreben. Soll

67) Speziell zur Geschäftsgrundlage vgl. Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann, S. 64. Wenn schon die Wettbewerbsbeschränkung nicht vom gemeinsamen Zweck umfaßt sein muß (s. bereits oben S. 51 ff.), dann erst recht nicht von der Geschäftsgrundlage. Zudem knüpft der Begriff der Geschäftsgrundlage an gestörte Vertragsverhältnisse an, Kartellverträge funktionieren in der Regel aber ausgezeichnet (Beuthien a.a.O. S. 65).

68) Vgl. Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 40 f.

69) Sandrock a.a.O.

70) Sandrock a.a.O.

dann der Vertrag im konkreten Fall wirksam oder unwirksam sein?

Hinzu kommt ein für die Praxis nicht zu unterschätzendes Beweislastproblem. Muß die Wettbewerbsbeschränkung vom gemeinsamen Zweck umfaßt sein, so trifft insoweit die Beweislast die Kartellbehörden. Sie müssen nachweisen, daß alle Voraussetzungen des § 1 GWB vorliegen, somit auch, daß die Parteien eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten. Diese werden ihre subjektiven Vorstellungen nicht offenbaren und wettbewerbsbeschränkende Zwecke ableugnen. Aus allen diesen Gründen wird man sich nicht für die Zwecktheorie entscheiden können.

10. Die Beurteilung der Funktionstheorie

Sie will eine Aussonderung der Verträge vornehmen, die nach ihrem typischen Inhalt besonders gefährlich für den Wettbewerb sind. Nur diese sollen unwirksam sein. Sie unterscheidet damit gesamtwirtschaftlich besonders gefährliche Wettbewerbsbeschränkungen von anderen, die nicht so negativ wirken ⁷¹⁾.

Die Funktionstheorie übersieht aber, daß das Verbotsprinzip des § 1 GWB damit auf ein Mißbrauchs-

71) Rittner in: Theorie und Praxis der Kooperation, 1972, S. 620 ff.

prinzip hinausläuft ⁷²⁾. Dieses zeichnet sich gerade dadurch aus, daß nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen verboten sind, sondern nur diejenigen, die besonders schädliche Auswirkungen haben ⁷³⁾. Solch ein Prinzip sollte gerade nicht Grundlage des GWB sein; es würde die Absicht des Gesetzes in sein Gegenteil verkehren.

11. Die Beurteilung der Folgetheorie

Ein Teil der gegen die Folgetheorie vorgebrachten Kritikpunkte wurde schon im Rahmen der anderen Theorien behandelt ⁷⁴⁾. Es zeigte sich, daß weder das Argument der mangelnden Rechtssicherheit noch das behauptete Hin- und Herpendeln zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit des Vertrages entscheidende Kritikpunkte gegen diese Theorie sind. Auch die Existenz des § 25 GWB spricht nicht gegen sie.

Als weiterer bisher noch nicht behandelter Kritikpunkt wird vorgebracht, daß die Folgetheorie auf ein Konzessionssystem der Genossenschaften hinaus-

72) Der Unterschied zwischen beiden Prinzipien bestünde nur noch darin, daß beim Verbotsprinzip die Unwirksamkeit kraft Gesetzes eintritt, beim Mißbrauchsprinzip kraft besonderer Anordnung der Behörde.

73) Es sollten nicht nur die besonders schädlichen Verträge erfaßt werden, weil die Abgrenzung zu unbestimmt ist; vgl. dazu die Erörterung im Deutschen Bundestag, abgedruckt bei Müller-Gries-Glessler § 1 Rdn. 5.

74) Vgl. oben S. 75 ff.

laufe ⁷⁵⁾. Nach ihr würde jede Genossenschaft, die nicht ganz klein sei, unter § 1 GWB fallen ⁷⁶⁾. Der Genossenschaftsvertrag könne seine Wirksamkeit dann nur nach § 5 b GWB erlangen. Dies sei aber verbunden mit einer ständigen Mißbrauchsaufsicht (§ 12 GWB). Außerdem würde § 5 b GWB zu einer aufsichtsrechtlichen Grundnorm für einen ganzen Wirtschaftsbereich werden ⁷⁷⁾. Es könne aber nicht angenommen werden, daß das GWB die Genossenschaften in ihrem Bestand gefährden oder gar beseitigen wolle ⁷⁸⁾.

Auch dieser gegen die Folgetheorie vorgebrachte Kritikpunkt ist nicht überzeugend. Zwar entspricht er der wohl allgemeinen Ansicht, doch ist dies nicht richtig. Wie später noch dargelegt wird, fällt unter Zugrundelegung dieser Theorie keineswegs jede Genossenschaft unter § 1 GWB und erlangt damit automatisch die Rolle des Kartellverdächtigen.

Spricht somit keiner der genannten Gründe in entscheidendem Maße gegen die Folgetheorie, so sprechen aber entscheidende Gründe für sie:

Wie dargelegt, stellt der Wortlaut bezüglich der Wettbewerbsbeschränkung allein auf die objektive

75) Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 18, 23.

76) Paulick ZHR 136 (1972), 305 ff. (313); Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 4.

77) Grossfeld-Strümpell a.a.O. S. 18.

78) Grossfeld-Strümpell a.a.O. S. 23.

Lage ab. Nach ihm muß sie weder Vertragsinhalt noch von sonstigen subjektiven Vorstellungen umfaßt sein ⁷⁹⁾.

Der vom GWB erstrebte Rechtsschutz aller Wirtschafts-subjekte kann nur durch die Folgetheorie gewährleistet werden. Er könnte völlig ausgehöhlt werden, wenn sich die am Vertrag Beteiligten darauf berufen könnten, die von ihnen verursachte Wettbewerbsbeschränkung sei von ihren subjektiven Vorstellungen nicht umfaßt. Damit wären Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet ⁸⁰⁾.

Diejenigen, die andere rechtswidrig beeinträchtigen, verdienen keinen Schutz. Die gegenteilige Ansicht würde den allgemeinen Grundsätzen unserer Rechtsordnung widersprechen; wenn jemand einen Unterlassungsanspruch wie den allgemeinen Unterlassungsanspruch des § 1004 BGB geltend macht, so kann sich der Störer demgegenüber auch nicht auf seine subjektiven Vorstellungen berufen. Ausreichend ist vielmehr, daß er in rechtswidriger Weise einen anderen beeinträchtigt. Ob er dies gewollt hat, spielt keine Rolle. Nichts anderes kann auch hier gelten. Gegen diejenigen, die andere in ihrer Wettbewerbsfreiheit beeinträchtigen, muß ein Unterlassungsanspruch durchgreifen. Gegenstands- und Zwecktheorie, die der Ansicht sind, daß die Beeinträchtigung allein nicht ausreiche, sondern noch ein entsprechender Wille

79) Vgl. im einzelnen oben S. 84.

80) So z.B. auch Emmerich-Gansweid JuS 1976, 434.

hinzukommen müsse, sind systeminkonform. Nur die Folgetheorie ist daher vertretbar; nur sie allein kann Grundlage des GWB sein.

12. Eigene Stellungnahme zum Verhältnis der Theorien zueinander

Meines Erachtens besteht zwischen den einzelnen Theorien kein so großer Unterschied, wie allgemein angenommen wird. Daß die Zweck- und Gegenstandstheorie eng zusammenhängen, ist weitgehend anerkannt⁸¹⁾. Es wird die Zwecktheorie daher oft als modifizierte Gegenstandstheorie bezeichnet⁸²⁾. Man geht davon aus, daß das, was die Parteien bezwecken, in der Regel auch stillschweigend als Vertragsinhalt zugrunde gelegt wird.

Meines Erachtens besteht aber auch kein großer Konflikt zwischen der Zwecktheorie und der Folgetheorie. Beide führen in der Regel zum gleichen Ergebnis; sie wählen nur einen anderen Ausgangspunkt. Wenn die Parteien mit ihrem Vertrag eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, so wird der Vertrag in der Regel auch dazu führen. In den Fällen, in denen die Zwecktheorie schon die Unwirksamkeit bejaht, tut dies auch die Folgetheorie; denn man kann nicht davon ausgehen, daß die Vertragschließenden so unwissend sind, daß sie zwar eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, dafür aber ein völlig untaugliches Mittel

81) Baur ZHR 134 (1970), 97 ff. (125); Voges DB 1977, 2081 ff. (2082 f.).

82) Benisch DB 1969, 247 ff. (251); Hefermehl in: Kooperative Marktinformation, S. 32; Müller-Henneberg § 1 Rdn. 72.

einsetzen. Dieses Ergebnis entspricht der allgemeinen Ansicht, wonach die Folgetheorie auf jeden Fall die Wettbewerbsbeschränkungen umfaßt, die schon unter die anderen Theorien fallen ⁸³⁾.

Umgekehrt ist es ebenso: Wenn ein Vertrag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, so kann man davon ausgehen, daß die am Vertrag Beteiligten dies auch gewußt haben. Wenn ein außenstehender Dritter schon diese Prognose treffen kann, dann erst recht diejenigen, die den Vertrag abgeschlossen haben, um damit bestimmte Wirkungen zu erreichen. Sie wissen besser als jeder Außenstehende, welche Auswirkungen der Vertrag mit sich bringt, und damit auch, ob er zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Kein Unternehmer wird sich deshalb darauf berufen können, daß zwar jeder andere die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen voraussehen konnte, er selbst habe sie aber nicht erkannt. Wenn der Vertrag daher später zur Wettbewerbsbeschränkung führt und diese adäquat kausal bewirkt wurde, so kann man davon ausgehen, daß die Unternehmer sie ihrem Vertrag zugrunde gelegt haben. Neben der Folgetheorie müßte auch die Zwecktheorie in diesem Fall zur Unwirksamkeit des Vertrages führen.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Theorien besteht in der Beweislage. Haben mehrere Unternehmer einen Vertrag abgeschlossen, so muß nach der Zwecktheorie die Kartellbehörde beweisen, daß die

83) Emmerich-Gansweid JuS 1976, 434.

Beteiligten damit wettbewerbswidrige Zwecke verfolgten. Eine derartige Beweisführung wird oftmals schwierig sein, da sich subjektive Vorstellungen schlecht nachweisen lassen⁸⁴⁾. Nach der Folgetheorie reicht es aus, daß die Kartellbehörde einen Gutachter nennt, der darlegt, daß in Anbetracht des abgeschlossenen Vertrages mit einer Wettbewerbsbeschränkung zu rechnen war. Diese im gesamtwirtschaftlichen Interesse günstigere und zu Lasten der beteiligten Unternehmen nachteiligere Beweislage rechtfertigt es, sich für die Folgetheorie zu entscheiden. Die materiellen Unterschiede der einzelnen Theorien sind nicht so groß.

Die eigentliche Differenz der Theorien besteht darin, daß sie einen unterschiedlichen Wettbewerbsbegriff zugrunde legen. Die Diskussion um die Theorien hat den Blick auf die in Wirklichkeit entscheidenden Wettbewerbsbegriffe getrübt⁸⁵⁾. Kaum eine Erörterung geht im Rahmen der Gegenstands- und Folgetheorie auf den eigentlich entscheidenden Wettbewerbsbegriff ein. Ein Teil der gegen die Gegenstandstheorie vorgebrachten Kritikpunkte würde sich erledigen, wenn sie sich nur darauf beschränken würde, den von ihr vertretenen Wettbewerbsbegriff zugrunde zu legen.

84) Es wird dabei vorausgesetzt, daß ein Anscheinbeweis nicht durchgreift.

85) So auch Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 2; ebenfalls in dieser Richtung Steindorff, Sind Handelsgenossenschaften Kartelle?, S. 70.

III. Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung

1. Die grundlegende Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals

Bis jetzt ist nur erörtert worden, in welchen Beziehungen die Wettbewerbsbeschränkung zu den anderen Tatbestandsmerkmalen steht ¹⁾. Bisher wurde nicht ausgeführt, was unter einer Wettbewerbsbeschränkung zu verstehen ist. Dabei ist das m.E. die entscheidende Problematik ²⁾. Leider wird dieses Problem in Literatur und Rechtsprechung kaum gesondert behandelt.

Meines Erachtens ist mit der Entscheidung zugunsten der Folgetheorie noch keine Aussage über das zu ermittelnde Ergebnis gefällt. Die Folgetheorie besagt nur, daß es ausreicht, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung objektiv eintritt ³⁾. Von der Definition dieses Begriffes aber hängt es ab, welcher Vertrag unwirksam ist.

Während die Vertreter der Gegenstandstheorie den Wettbewerbsbegriff notwendigerweise eng definieren

1) Emmerich ZHR 139 (1975), 476 ff. (489).

2) So wohl auch Beuthien a.a.O. Auch Emmerich ZHR 139, 491 geht davon aus, daß dem Theorienstreit zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie nicht die Bedeutung zukommt, die ihm allgemein beigemessen wird.

3) Ausführungen zum Wettbewerbsbegriff werden bei der Folgetheorie kaum gemacht (Emmerich ZHR 139, 489).

müssen, muß ihn die Folgetheorie nicht notwendigerweise weit auslegen. Ihre Vertreter tun das zwar, denn sonst würde sich die Folgetheorie nicht von der Gegenstandstheorie unterscheiden, zwingend ist das aber nicht. Wie aus dem Wortlaut des § 1 GWB hergeleitet, ist notwendige Konsequenz der Folgetheorie nur, daß das Tatbestandsmerkmal Wettbewerbsbeschränkung objektiv vorliegen muß.

Daß das eigentliche noch zu behandelnde Problem in der Auslegung des Begriffes der Wettbewerbsbeschränkung besteht, zeigt sich darin, daß man mit der Zwecktheorie dazu kommen könnte, alle Einkaufsgenossenschaften als verbotene Kartelle anzusehen. Unter dem Ansatz dieser Theorie könnte man darauf abstellen, ob die Vertragsschließenden eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Einkaufsgemeinschaften bezwecken im allgemeinen, durch den Gemeinschaftsbezug die Lieferanten zu Preiszugeständnissen zu veranlassen. Sieht man dies als eine Form der Wettbewerbsbeschränkung an, so kämen wir unter Zugrundelegung der Zwecktheorie dazu, daß Einkaufsgemeinschaften Kartelle sind. Entscheidender als die Theorien ist daher die Definition der Wettbewerbsbeschränkung; weniger die Stellung dieses Tatbestandsmerkmals ist entscheidend als seine Auslegung.

Umgekehrt könnte man unter Zugrundelegung der Folgetheorie dazu kommen, daß Einkaufsgenossenschaften keine Kartelle sind. Man kann mit dieser Theorie allein darauf abstellen, ob objektiv eine Wettbewerbsbeschränkung eintritt. Bewirken kann ein Genossenschaftsvertrag, daß die Genossen alle in gleicher Weise von der Genossenschaft ihre Waren beziehen, wodurch die vorgelagerte Marktstufe zu Zu-

geständnissen genötigt wird. Sieht man dies
n i c h t als einen Fall der Wettbewerbsbeschrän-
kung an, so wären Einkaufsgenossenschaften unter
Zugrundelegung der Folgetheorie keine Kartelle.

Der Theorienstreit wäre viel durchsichtiger, wenn
man nicht versuchen würde, die verschiedenen Tatbe-
standsmerkmale des § 1 GWB teilweise gegen den Wort-
laut zueinander in Beziehung zu setzen, sondern sich
lediglich mit der Auslegung des Merkmals "Wettbewerbs-
beschränkung" befassen würde. Damit wäre einem Haupt-
kritikpunkt gegen die Gegenstandstheorie die Grund-
lage entzogen: Gegen sie wurde vorgebracht, daß die
behauptete Kombination zwischen Vertrag und Wettbe-
werbsbeschränkung dem Wortlaut des § 1 GWB wider-
spricht ⁴⁾; dieser besagt eben nicht, daß die Ver-
träge, die eine Wettbewerbsbeschränkung enthalten,
unwirksam sind. Die Gegenstandstheorie wäre aber
dann in Einklang mit dem Wortlaut, wenn sie nicht
versuchen würde, eine derartige Beziehung herzu-
stellen, sondern sich n u r darauf beschränken
würde, den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung re-
striktiv auszulegen. Würde sie - wie die Folge-
theorie - darauf abstellen, ob objektiv eine Wett-
bewerbsbeschränkung eintritt, diese aber nur dann
annehmen, wenn die Beteiligten in ihrer rechtlichen
Handlungsfreiheit beeinträchtigt sind, so wäre vom
Gesetzeswortlaut her gegen eine derartige Auslegung
nichts einzuwenden.

4) Vgl. oben S. 84.

Wichtig ist also, daß mit der Entscheidung für die Folgetheorie noch keine Aussage darüber getroffen ist, welcher Vertrag unwirksam ist. Leider gehen ihre Vertreter zum großen Teil davon aus, so daß sie es nicht mehr für nötig erachten, eine Erläuterung des Begriffes der Wettbewerbsbeschränkung vorzunehmen. Dies ist aber das eigentlich entscheidende Problem ⁵⁾.

2. Genossenschaften und Wettbewerbsbeschränkung

Ob Genossenschaften zur Wettbewerbsbeschränkung führen, ist umstritten. In der Tatsache, daß die Genossen in gleicher Weise von der Genossenschaft die Waren beziehen und Dritten gegenüber eine Nachfragemacht entsteht, wird zum Teil eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB gesehen.

Auch ohne Bezugs- und Absatzverpflichtung hält Sandrock einen Genossenschaftsvertrag dann für unwirksam, wenn es wahrscheinlich ist, daß die Genossen fast alles über die Zentrale beziehen ⁶⁾. Statistische Erhebungen zeigen, daß dies überwiegend der Fall ist ⁷⁾. Damit wäre praktisch jede Einkaufsgenossenschaft unwirksam ⁸⁾.

5) So auch Beuthien a.a.O. S. 2, 5; auch Paulick ZHR 136, 312 geht davon aus, daß es entscheidend auf den Wettbewerbsbegriff ankommt.

6) Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 59.

7) Vgl. das Gutachten der Monopolkommission, 1977, Anh. S. 51 ff.

8) Vorausgesetzt wird dabei, daß auch das Tatbestandsmerkmal "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in § 1 GWB gegeben ist, was bei ganz unbedeutenden Genossenschaften nicht der Fall ist.

Säcker 9) und Mahlmann 10) sehen eine Wettbewerbsbeschränkung darin, daß eine Einkaufsgenossenschaft von ihren Lieferanten günstigere Lieferbedingungen, insbesondere günstigere Preise erzielen kann. Die Genossen werden deshalb - auch ohne rechtliche Verpflichtung - über sie fast alle Waren beziehen, was die Lieferanten in Form von konzentrierter Nachfragemacht zu spüren bekommen 11). Auch ohne Bezugs- und Absatzzwang sehen sie darin eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB.

Mit Recht weisen Paulick 12) und Beuthien 13) darauf hin, daß damit jede Genossenschaft, die ihr Ziel erreicht hat, nämlich Genossen günstiger zu beliefern, als es diese im Einzelbezug könnten, unwirksam würde.

Teilweise wurden auch schon von älteren Stellungnahmen die Einkaufs- und Absatzgenossenschaften als typische Kartelle angesehen 14).

Nach der Gegenmeinung, die auch das Bundeskartellamt vertritt, sind Genossenschaften überaus wettbe-

9) Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), S. 198 f.

10) Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 62 f., 101 ff.

11) Allgemein die Ansicht, daß Zweck des GWB die Verhinderung von Marktmacht ist, vertreten weiterhin: Benisch in: Festschrift für Rolf Isay, 1956, S. 231 ff.; Lukes, Der Kartellvertrag, S. 123 ff.; Knöpfe, Der Rechtsbegriff Wettbewerb, S. 136 f.; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 12. Vgl. auch Baur ZHR 134, 138; Benkendorf WRP 1962, 313 ff., 319; Emmerich, Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB, S. 21; Rinck, Juristenjahrbuch 1964/65, 131; Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 244.

12) ZHR 136, 313.

13) Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 4.

14) Nachweise bei Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 59.

werbsfördernde Gebilde ¹⁵⁾. Begründet wird dies damit, daß sie einen Zusammenschluß von meist kleineren Unternehmen darstellen und auf der eigenen Marktstufe wie auch auf der vor- oder nachgelagerten zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen.

3. Einteilungsschema für Wettbewerbsbeschränkungen

Ein Einteilungsschema, das bei dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung anknüpft und nicht bei seiner Stellung im Aufbau des § 1 GWB, stammt von Johannes ¹⁶⁾. Es vermeidet die Nachteile der Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie und erlaubt eine mehr am Wortlaut orientierte Auslegung. Zustimmung

15) Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 1977, BT-Drucksache 8/1925, S. 10, 28 ff. Das Bundeskartellamt vertritt damit die gegenteilige Auffassung wie die Monopolkommission, die die von Genossenschaften ausgeübte Nachfragemacht skeptisch beurteilt (Sondergutachten 1977, Tz. 183 ff.). Ebenfalls die Genossenschaften als werbsfördernde Gebilde ansehend: Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf (Gutachten Universität Münster); Bieling, Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften; Ohm ZgGW Bd. 2 (1952), 273 ff.; Weisser ZgGW Bd. 5 (1955), 200 ff.; Henzler, Die Genossenschaft, eine fördernde Betriebswirtschaft, S. 215 ff.; Deppe, Die Genossenschaften des Lebensmitteleinzelhandels und Kartellverbot. In neuerer Zeit: Fleischmann ZgGW Bd. 22 (1972), 159 ff. und Eickhof, Kooperation, Konzentration und funktionsfähiger Wettbewerb; Meier ZHR 142 (1978), S. 124 ff.; Neumann ZgGW Bd. 27 (1977), S. 366 ff.; Steindorff, Sind Handelsgenossenschaften Kartelle?.

16) Johannes AWD 1968, 413 Fn. 47.

hat dieses Schema durch Hoppmann ¹⁷⁾ gefunden, während die sonstige Literatur dem keine Beachtung schenkte. Der Grund dafür besteht wohl darin, daß beide das Einteilungsschema lediglich in einer Fußnote erwähnten; abgehandelt wurde das Schema bisher noch nicht. Zur Auslegung dieses Schemas ist es erforderlich, auf die verschiedenen Wettbewerbsbegriffe einzugehen.

Für die Frage, wann eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, sind danach die folgenden vier großen Fallgruppen zu unterteilen:

1. Der Gegenstand des Vertrages ist die Beschränkung der Beteiligten.

Dies bedeutet, daß die Vertragspartner sich rechtlich verpflichtet haben, gegeneinander nicht unbeschränkten Wettbewerb auszuüben.

2. Der Gegenstand des Vertrages ist die Beschränkung Dritter.

In diesem Fall haben die Parteien den Wettbewerb untereinander nicht eingeschränkt. Vertragsinhalt ist vielmehr die gemeinsame Verpflichtung, gegen die Konkurrenz Dritter vorzugehen.

3. Die Folge des Vertrages ist die Beschränkung der Beteiligten.

Diese Gruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß niemand rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet wird. Die Vertragspartner fühlen sich jedoch faktisch

17) Hoppmann DB 1970, 95 Fn. 13.

gebunden, um den Vertragszweck nicht zu gefährden und die anderen Partner ihrerseits zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten.

4. Die Folge des Vertrages ist die Beschränkung Dritter.

Das bedeutet, daß die Beteiligten weder rechtlich noch faktisch gebunden sind. Trotzdem verhalten sich alle in gleicher Weise, weil das für sie einzelwirtschaftlich das Sinnvollste ist.

Entscheidend für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Genossenschaften ist, welche dieser Fälle man als Wettbewerbsbeschränkung ansieht. Der Vorteil dieser Abgrenzung besteht darin, daß die hier aufgezählten Fälle echte Alternativen darstellen, die sich sehr leicht voneinander abgrenzen lassen. Während die Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie sich überschneiden ¹⁸⁾ und deshalb zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen, besteht der Vorteil dieser Abgrenzung darin, daß jedes mögliche wettbewerbsbeschränkende Verhalten in eine dieser vier Gruppen fällt. Nachdem abgehandelt worden ist, welche der Gruppen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB darstellt, können Genossenschaften leicht beurteilt werden. Subjektive Abgrenzungsschwierigkeiten, Beweislastfragen und andere Unwägbarkeiten sind dabei weitgehend ausgeschaltet. Dieses Schema führt dazu, daß es nicht nur drei mögliche Ergebnisse gibt, sondern vier.

18) Vgl. oben S. 92 ff.

Mit Ausnahme der ersten Fallgruppe sind alle umstritten. Der Schwerpunkt besteht darin, ob der vierte Fall als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen ist. In diesen gehören regelmäßig Einkaufsgenossenschaften ohne Bezugs- und Absatzzwang. Die Frage lautet, ob der normalerweise von den Genossen in Anspruch genommene gemeinschaftliche Bezug über die Genossenschaft, zu dem sie weder rechtlich noch faktisch verpflichtet sind, der aber oft die vorgelagerte Marktstufe beeinträchtigt, einen Fall der Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Alle diejenigen, die Genossenschaftsverträge als Kartellverträge ansehen, vertreten diese Ansicht. Die Tatsache, daß Genossenschaften durch den gemeinschaftlichen Bezug gegenüber der vorgelagerten Stufe eine größere Nachfragemacht ausüben können als Einzelhändler, führt nach ihrer Ansicht zur Wettbewerbsbeschränkung und damit zur Kartelleigenschaft der Genossenschaft ¹⁹⁾.

Ob Marktmacht eine Form der Wettbewerbsbeschränkung darstellt, wird in der Literatur nur kurz behandelt. Wer Nachfragemacht als wettbewerbsbeschränkend ansieht, geht davon als selbstverständlich aus, oftmals ohne auf Gegenmeinungen zu verweisen ²⁰⁾. Die Gegenmeinung geht mit der gleichen Selbstverständlichkeit davon aus, daß Marktmacht abschließend in den §§ 22 ff. GWB geregelt ist ²¹⁾. Das Fehlen

19) Vgl. oben S. 99 Fn. 11.

20) Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 11.

21) Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 3 Fn. 41.

ausführlicher Darstellungen ist dadurch zu erklären, daß der Theorienstreit zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie den Blick für eine Beurteilung unter diesem Gesichtspunkt getrübt hat. Daher ist eine grundlegende Erörterung nötig.

Die Frage, ob die durch Kooperation bedingte Marktmacht eine Form der Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hängt vom zugrundeliegenden Wettbewerbsverständnis ab. Es gibt mehrere volkswirtschaftliche Theorien und mehrere darauf aufbauende juristische Auffassungen, die zu entgegengesetzten Ergebnissen führen. Teilweise wird die durch Kooperation bedingte Marktmacht als der typische Fall einer Wettbewerbsbeschränkung angesehen, nach anderen Theorien wirkt sie dagegen wettbewerbsfördernd. Die Frage, ob Genossenschaften durch den Gemeinschaftsbezug zur Wettbewerbsbeschränkung führen, läßt sich nicht beantworten, ohne auf die verschiedenen zugrundeliegenden Wettbewerbskonzepte einzugehen.

4. Die volkswirtschaftlichen Theorien

a. Die vollständige Konkurrenz

Diese auf Eucken zurückgehende Theorie ²²⁾ geht davon aus, daß der optimale Zustand des Wettbewerbs nur in der sogenannten vollständigen Konkurrenz verwirklicht ist. Diese stellt eine bestimmte Marktform dar, die dadurch gekennzeichnet ist, daß auf beiden Seiten des Marktes, das heißt, jeweils auf der Anbieter- und Nachfragerseite, sehr viele Wirtschaftssubjekte vorhanden sind ²³⁾. Diese Marktform wird als Polypol bezeichnet. Daneben gibt es Märkte, die dadurch gekennzeichnet sind, daß nur wenige oder sogar nur ein Unternehmen auf ihnen auftritt. Im ersten Fall spricht man von Oligopolen, im zweiten von Monopolen ²⁴⁾.

Diese Theorie geht davon aus, daß Wettbewerb nur möglich ist, wenn auf beiden Seiten des Marktes Polypole anzutreffen sind ²⁵⁾. Das Entstehen von

22) Grundlagen der Nationalökonomie, S. 95 f. und Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 245 ff.

23) Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 248.

24) Vgl. z.B. Siebert, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, Teil 1, S. 89 ff.; teilweise wird dabei an Stelle der objektiven Anzahl der Unternehmen auf die Verhaltensweise abgestellt. Ein Monopol ist demnach ein Unternehmen, das glaubt, daß es allein ist und sich dem entsprechend verhält (vgl. etwa Pausen-Schilcher, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, Bd. 2, S. 247 ff.). Eine große Bedeutung kommt dieser Unterscheidung aber nicht zu.

25) Eucken a.a.O. S. 248.

Oligopolen oder gar Monopolen stellt eine Beschränkung des Wettbewerbs dar. Die Wettbewerbspolitik muß daher darauf achten, daß Machtpositionen, insbesondere in der Form von Monopolen, vermieden werden. Anzustreben ist die Erhaltung des Zustandes der vollständigen Konkurrenz.

Zur Begründung wird auf die positiven Auswirkungen dieser Marktform hingewiesen. Gibt es auf einem Markt nur polypolistische Unternehmen, so kann keiner der Unternehmer auf andere einen maßgeblichen Einfluß ausüben. Ein Machtmißbrauch ist nicht möglich, weil jedes Unternehmen über keinerlei Einflußmöglichkeiten verfügt. Bei zugrunde gelegter vollständiger Markttransparenz steht den Unternehmen in dieser Marktform noch nicht einmal ein eigener Preis-spielraum zur Verfügung ²⁶⁾.

Der Gewinn der Unternehmer ist im Polypol am geringsten, da sie so lange neue Produktionsfaktoren einsetzen müssen, bis die an sie zu zahlenden Kosten den zusätzlich realisierten Erlösen entsprechen ²⁷⁾. Während der Monopolist sein Gewinnmaximum dort erreicht, wo die Differenz zwischen Gesamterlös und Gesamtkosten ihr Maximum erreicht, erlangt es der Polypolist dort, wo der Preis mit den Produktionskosten übereinstimmt ²⁸⁾. Dadurch wird in dieser

26) Eucken a.a.O. S. 249.

27) Ponta, Lehrbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. 1, S. 230 f.

28) Vgl. z.B. Carell, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S. 327.

Marktform mehr Ware angeboten, und zwar zu einem günstigeren Preis. Die Preise sind für die Konsumenten am niedrigsten, ihre Güterversorgung ist am höchsten ²⁹⁾.

Nach der Theorie der vollständigen Konkurrenz stellt der Zusammenschluß zu einer Genossenschaft und die durch sie realisierte Marktmacht eine Form der Wettbewerbsbeschränkung dar, da dadurch der "Idealzustand" der Wirtschaft verlassen wird. Ohne Bezugs- und Absatzverpflichtung wird dies teilweise dadurch kompensiert, daß auf der vor- oder nachgelagerten Marktstufe ein neuer Wirtschaftsteilnehmer in Gestalt der Genossenschaft entsteht, wodurch die Zahl der auf dieser Stufe tätigen Unternehmen sich um einen Großhändler erhöht, was tendenziell wettbewerbsfördernd ist ³⁰⁾. Eine umfassende Beurteilung der Genossenschaften unter Zugrundelegung dieser Theorie wurde von Bieling ³¹⁾ vorgenommen.

b. Die dynamische Wettbewerbstheorie ³²⁾

Nach dieser Theorie ³³⁾ ist der Wettbewerb nicht mit einer bestimmten Marktform verbunden, sondern setzt

29) Es wird dabei unterstellt, daß sich die Kostenstruktur nicht nachteilig verändert.

30) Bieling, Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften, S. 55 f.

31) Bieling a.a.O., insbesondere S. 6 f., 10 ff.

32) Man spricht überwiegend vom funktionsfähigen Wettbewerb; in Anbetracht des zugrunde gelegten dynamischen Strebens der Unternehmer erscheint es aber vorteilhafter von der dynamischen Wettbewerbstheorie zu sprechen.

33) Ihre Vertreter sind: Hayek, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, S. 125 und 139 f.; Lutz in: Ordo Bd. 8 (1956), S. 19 ff. (30 f. und 34); Röpke in: H&SW Bd. 12, S. 33.

nur ein bestimmtes Verhalten der Unternehmer voraus. Wettbewerb besteht nach ihr nur dann, wenn der einzelne Unternehmer das Gefühl hat, sich mit anderen in einer Kampfsituation zu befinden, wenn er sich auf Kosten der anderen einen Vorteil verschaffen kann ³⁴⁾. Gerade in der vollständigen Konkurrenz sehen ihre Vertreter keinen Wettbewerb, weil der einzelne Unternehmer keinen eigenen Preisspielraum hat; dieses Wettbewerbskonzept bezeichnen sie deshalb als "Schlafmützenkonkurrenz" ³⁵⁾.

Nach der dynamischen Theorie spielt sich der Wettbewerbsprozeß so ab, daß es immer einen oder mehrere dynamische Unternehmer gibt, die einen Vorsprung vor anderen Wirtschaftsteilnehmern erzielen ³⁶⁾, der dann durch diese langsam wieder abgebaut wird ³⁷⁾. Dadurch können vorübergehend Monopole entstehen, die nach dieser Theorie aber nicht negativ zu beurteilen sind, sondern eine notwendige Voraussetzung des Wettbewerbsprozesses darstellen. Eine Wettbewerbspolitik muß darauf achten, daß die Möglichkeiten zur Durchführung dieses Prozesses stets gegeben sind. Machtunterschiede sind danach nötig, um zunächst einen Vorsprung zu ermöglichen; dieser darf aber nicht so groß werden, daß ein Nachahmungsprozeß unmöglich gemacht wird, denn dann würde sich das Monopol auf

34) Lutz a.a.O. S. 31.

35) Lutz a.a.O. S. 32.

36) Sog. innovatorische Phase.

37) Sog. imitatorische Phase.

Dauer gesehen zementieren 38).

Unternehmenswachstum und Zusammenschlüsse von Unternehmen sind danach zunächst einmal positiv zu beurteilen. Durch sie werden Unternehmen in die Lage versetzt, neue kostspielige Produktionsanlagen einzuführen, Produkte günstiger herzustellen oder neue Artikel auf den Markt zu bringen; dies stellt jeweils einen dynamischen Wettbewerbsvorstoß dar, dem andere Unternehmen folgen müssen.

Die dynamische Theorie weist fundamentale Unterschiede zur vollständigen Konkurrenz auf. Nach der zuletzt genannten ist jede Macht negativ zu beurteilen, die Wettbewerbspolitik hat nach ihr die Aufgabe, die Marktform des Polypols zu erhalten und alle Vorstöße zu Monopolen zu verhindern. Nach der dynamischen Wettbewerbstheorie ist der Vorstoß zu einem temporären Monopol aber nicht nur akzeptabel, sondern geradezu erwünscht.

Genossenschaftsverträge, die eine Bezugs- oder Absatzverpflichtung enthalten, sind nach dieser Theorie negativ zu beurteilen, weil das wettbewerbsrechtliche Streben, die Voraussetzung jedes Wettbewerbsprozesses, durch eine solche Verpflichtung eingeschränkt wird. Genossenschaften, die ohne solche Verpflichtung arbeiten, sind nach dieser Theorie schlecht zu be-

38) Zu den Schwierigkeiten, welche großen Machtunterschiede noch möglich sind, vgl. Hoppmann in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Bd. 48 (1968), S. 9 ff., insb. S. 24 ff. Er geht mit Recht davon aus, daß es nicht möglich ist, hinreichende Kriterien zu finden, ab welchem Zeitpunkt Marktmacht so groß wird, daß eine imitatorische Phase nicht mehr stattfinden kann.

urteilen; Gegenstand dieser Theorie ist nur die fortschrittsfreundliche, die auf der Neuerung eines dynamischen Unternehmers basierende Marktmacht; konzentrativen Marktmacht ist daher positiv zu beurteilen. Die auf Kooperation beruhende und keine dynamische Neuerung darstellende Marktmacht ist nicht Gegenstand dieser Theorie. Die Lösungen, die auf diesem Wettbewerbsbegriff aufbauen, kommen daher nicht zu einheitlichen Ergebnissen.

c. Die Gegenmachtthese

Die Gegenmachtthese geht davon aus, daß sich Gegenmacht positiv auf den Wettbewerb auswirkt ³⁹⁾. Ist eine Marktstufe stärker als die andere, so kann sie die gegenüberstehende "ausbeuten". Ein starker Anbieter, auf dessen Produkte viele Nachfrager angewiesen sind, kann Höchstpreise für seine Waren verlangen, die die anderen akzeptieren müssen, wenn sie auf diese nicht verzichten können. Ein starker Nachfrager, dem viele von ihm abhängige Anbieter (z.B. Zulieferwerke) gegenüberstehen, kann die Preise zu seinem Vorteil und zum Nachteil der anderen drücken.

Ein Zusammenschluß der Kleinen verbessert diese Situation, da der Große auf die Kleinen in ihrer Gesamtheit angewiesen ist. Jetzt werden Bedingungen ausgehandelt, die beiden Seiten gerecht werden. Die Bildung von Gegenmacht hat dazu geführt, daß der neue Preis dem Wettbe-

39) Galbraith, Der amerikanische Kapitalismus im Gleichgewicht der Kräfte.

werbspreis angenäherter ist.

Als Wettbewerbskonzept kennt diese Theorie nicht die Verhinderung von Macht, sondern nur die Förderung von Gegenmacht.

Als Zusammenschluß der Kleinen sind Genossenschaften nach dieser Theorie überaus wettbewerbsfördernde Gebilde. Die wettbewerbsfördernden Wirkungen der Genossenschaften wurden überwiegend mit dieser Theorie begründet ⁴⁰⁾. Unter ihrer Zugrundelegung wurde sogar ein Bezugs- und Absatzzwang der Genossenschaften für rechtmäßig gehalten.

d. Der Wettbewerb im Oligopol

Von den bisher besprochenen Theorien setzt nur die erste Theorie den Wettbewerb mit einer bestimmten Marktform in Beziehung; nach den anderen beiden Theorien besteht insoweit keinerlei Korrelation. Die vierte Theorie geht wieder davon aus, daß zwischen dem Wettbewerb einerseits und der Marktform andererseits eine Beziehung besteht. Im Gegensatz zur ersten Theorie sieht sie den optimalen Wettbewerb aber nicht im Polypol verwirklicht, sondern im weiten Oligopol. Insoweit steht sie in diametralem Gegensatz zur vollständigen Konkurrenz. Begründet wurde diese Theorie von Kantzenbach ⁴¹⁾.

40) Vgl. im einzelnen die auf S. 9 Fn. 3 angegebenen Zitatstellen.

41) Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.

Diese Theorie geht davon aus, daß die seinerzeit noch als herrschend angesehene vollständige Konkurrenz ⁴²⁾ nicht Grundlage einer Wirtschaftspolitik sein könne, da sie zwei weiteren sehr wichtigen Prinzipien jeder Wirtschaft nicht gerecht werden kann ⁴³⁾. Bei diesen beiden Zielen handelt es sich

1. um die Vorteile der Massenproduktion und
2. um die Vorteile der Produktdifferenzierung.

Zwischen den drei Zielen der vollständigen Konkurrenz, der Massenproduktion und der Produktdifferenzierung besteht ein sogenanntes magisches Dreieck. Dies besagt, daß die drei Ziele im Verhältnis konkurrierender wirtschaftspolitischer Ziele zueinander stehen ⁴⁴⁾. Die Verwirklichung jedes dieser Ziele setzt voraus, daß die anderen Ziele darunter Schaden nehmen.

Die vollständige Konkurrenz erstrebt Märkte, auf denen viele Unternehmen tätig sind, die alle nur über einen ganz kleinen Marktanteil verfügen. Demgegenüber verlangt die Massenproduktion große Unternehmen mit bedeutendem Marktanteil. Die Produktdifferenzierung wiederum erfordert spezialisierte Unternehmen. Sie beinhaltet das Gegenteil von der Massenproduktion. Gleichzeitig widerspricht sie auch der vollständigen Konkurrenz, weil durch die Spezialisierung ein ursprünglich großer Markt in mehrere Teilmärkte zerfällt, auf denen nicht mehr so viele Unternehmen tätig sein können. Alle diese Ziele widersprechen sich somit. Daraus folgert Kantzenbach, daß die vollständige Konkurrenz nicht als optimale Marktform angesehen werden kann ⁴⁵⁾.

Seine Lösung stellt darauf ab, wie groß der Kampf der einzelnen Unternehmer gegeneinander ist. Dieser Ausgangspunkt führt ihn zum Ergebnis, daß der optimale Wettbewerb im weiten Oligopol herrscht. Er begründet seine Meinung folgendermaßen:

42) Kantzenbach a.a.O. S. 10.

43) Kantzenbach a.a.O. S. 29 ff.

44) Schmidt WuW 1966, 699 ff. (704 f.).

45) Schmidt WuW 1966, 705.

Während im Polypol kein Konkurrenzkampf herrscht ⁴⁶⁾, wird dieser mit sinkender Anzahl der Unternehmen immer härter ⁴⁷⁾. Der Grund besteht darin, daß jedes Unternehmen in der Lage ist, dem anderen fühlbare Verluste zu bereiten, umgekehrt aber auch selbst von diesem unmittelbar in seiner Existenz gefährdet werden kann. Jeder Unternehmer wünscht, die Konkurrenz zum Erliegen zu bringen, da er selbst erheblich davon profitieren kann; auf der anderen Seite muß er aber fürchten, die Konkurrenz wolle ihn selbst aus diesem Grunde in die Knie zwingen. Die infolge sinkender Zahl der Unternehmen eintretende Existenzbedrohung treibt diese zu immer stärkeren Leistungen an ⁴⁸⁾.

Ein Umschlag zur Wettbewerbsbeschränkung erfolgt dann, wenn die Anzahl der Unternehmen so klein, ihre Macht so groß wird, daß einer dem anderen keinen Schaden mehr zufügen kann, sondern sich ein Wirtschaftskampf zum Nachteil aller Beteiligten auswirken würde. Wird die Zahl der Unternehmen dadurch so überschaubar, daß sie untereinander Vereinbarungen treffen können, so wird der Wettbewerb regelmäßig durch diese ausgeschlossen ⁴⁹⁾. Den Optimalzustand des Wettbewerbs sieht diese Theorie daher im weiten Oligopol, in dem nur einige große Unternehmen auf dem Markt sind, deren Zahl aber immer noch zu groß ist, um untereinander wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu treffen ⁵⁰⁾.

46) Vgl. oben S. 58 f.

47) Kantzenbach a.a.O. S. 40 f., 44.

48) Kantzenbach a.a.O. S. 48 f.

49) Kantzenbach a.a.O. S. 45.

50) Kantzenbach a.a.O. S. 49.

Nach dieser Theorie sind Genossenschaften überaus positiv zu beurteilen, da es sich bei ihnen meist um oligopolistische Unternehmen handelt. Selbst wenn sie besonders stark werden und die Marktform des engen Oligopols erreicht wird, müßten Genossenschaften nach dieser Theorie noch positiv beurteilt werden. Dies ergibt sich daraus, daß sie sich an wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen der Großhändler zu Lasten der Einzelhändler nicht beteiligen können; die Genossen werden nämlich keine gegen sie gerichteten Kartellvereinbarungen zulassen.

Diese vier heute vertretenen Wettbewerbstheorien unterscheiden sich teilweise erheblich voneinander. Eine Theorie sieht etwas als wettbewerbsfördernd an, was die andere Theorie als Wettbewerbsbeschränkung kennzeichnet. Das erklärt, warum Genossenschaftsverträge teilweise als wettbewerbsfördernd, teilweise als wettbewerbsbeschränkend angesehen werden. Eine Entscheidung für eine dieser Theorien ist an dieser Stelle nicht erforderlich, da nicht die subjektive Einstellung entscheidend ist, sondern allein der juristische vom GWB zugrunde gelegte Wettbewerbsbegriff.

5. Die juristischen Wettbewerbsdefinitionen

Die juristischen Wettbewerbsdefinitionen zeichnen sich dadurch aus, daß sie mehr oder weniger mit einer der volkswirtschaftlichen Theorien korrespondieren.

a. Die amtliche Begründung zum GWB

Der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung ist im GWB selbst nicht definiert. Zur Ermittlung kann aber die amtliche Begründung herangezogen werden. Diese gibt nach der heute vertretenen objektiven Auslegungsmethode zwar nicht unmittelbar den Willen des Gesetzes wieder ⁵¹⁾, ist aber insoweit von Bedeutung, als sie eine Vermutung für den Inhalt des Gesetzes darstellt ⁵²⁾.

In der Regierungsbegründung heißt es zur Frage des wettbewerbspolitischen Leitbildes ⁵³⁾:

Das Gesetz geht von der durch die wirtschaftswissenschaftliche Forschung erhärteten wirtschaftspolitischen Erfahrung aus, daß die Wettbewerbswirtschaft die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung ist und daß der Staat nur insoweit in den Marktablauf lenkend eingreifen soll, wie dies zur Überwachung derjenigen Märkte erforderlich ist, auf denen die Marktform des vollständigen Wettbewerbs nicht erreichbar ist.

An anderer Stelle heißt es in gleichem Sinne ⁵⁴⁾:

Es darf als sichere wissenschaftliche Erkenntnis angesehen werden, daß die Marktverfassung des

51) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 296 ff.

52) Larenz a.a.O.

53) Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nach Anlage 1 zu BT-Drucksache 2/1158, abgedruckt in: Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 1057.

54) Regierungsbegründung a.a.O. = Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 1059.

freien Wettbewerbs das Vorhandensein der Marktform des vollkommenen Wettbewerbs als wirtschaftliche Gegebenheit zur Voraussetzung hat, das heißt, die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten muß so groß sein, daß der Marktpreis für den Unternehmer eine von seinem Verhalten im wesentlichen unabhängige Größe ist. Soweit diese Voraussetzung zutrifft beziehungsweise herstellbar ist, muß der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, daß der vollständige Wettbewerb nicht durch beschränkende Maßnahmen beeinträchtigt wird.

Nur dort, wo die vollständige Konkurrenz nicht erreichbar ist, sollte auf sie verzichtet werden:

Da der Wettbewerb nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Leistungssteigerung und Fortschrittsförderung ist, würde sich der Gesetzgeber der Gefahr eines wirklichkeitsfremden Schematismus aussetzen und schwere wirtschaftliche Schäden heraufbeschwören, wenn er eines theoretischen Prinzips wegen auf diesen Märkten den vollständigen Wettbewerb wiederherstellen wollte ⁵⁵⁾.

Diese Ausführungen der Regierungsbegründung lassen erkennen, daß sich der Gesetzgeber - wenn auch mit gewissen Einschränkungen im Hinblick auf die technischen Gegebenheiten - an dem Wettbewerbsbegriff der vollständigen Konkurrenz orientiert hat ⁵⁶⁾.

In anderen Stellen der amtlichen Begründung spricht sich der Gesetzgeber für den dynamischen Wettbewerbsbegriff aus. Der Wettbewerb wird als Streben verstanden,

durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluß eines Vertrages zu veranlassen ⁵⁷⁾.

55) Regierungsbegründung a.a.O. = Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 1059.

56) Schmidt WuW 1966, 699 ff. (700).

57) Regierungsbegründung a.a.O. = Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 1076.

Im gleichen Sinne heißt es in dem schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ⁵⁸⁾,

daß unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlung zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorteil zu verschaffen.

Diese beiden Aussagen der amtlichen Begründung werden für unvereinbar angesehen ⁵⁹⁾. Nach der vollständigen Konkurrenz ist jede Machterlangung negativ zu beurteilen, nach der dynamischen Theorie ist sie geradezu notwendig. Während der Gesetzgeber einerseits die vollständige Konkurrenz zum Leitbild erhebt, erklärt er andererseits, der einzelne solle versuchen, sich einen Machtvorsprung gegenüber den anderen zu verschaffen. In diesem Konflikt wird dem dynamischen Wettbewerbsbegriff von der herrschenden Meinung fast ausschließlich der Vorrang eingeräumt ⁶⁰⁾.

58) Ausschuß für Wirtschaft, BT-Drucksache 2/3644 = Müller-Henneberg, 1. Aufl., S. 1175.

59) Schmidt WuW 1966, 701.

60) Es wird darauf verwiesen, daß eine Wirtschaftspolitik, die nur polypolistische Unternehmen anstreben, vom Gesetzgeber unmöglich gewollt sein könne; vgl. etwa Jäger, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 114 f.

b. Die herrschende Auffassung ⁶¹⁾

Nach ihr liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn das selbständige Streben der Marktteilnehmer eingeschränkt wird. Eine weitgehend vertretene Wettbewerbsdefinition lautet ⁶²⁾:

Unter Wettbewerb wird das Bestreben verstanden, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises anderer zu erhalten oder nach Möglichkeit zu erweitern.

Nachfragewettbewerb ist demnach das Bestreben, günstiger als andere einzukaufen ⁶³⁾.

61) Müller-Henneberg, Gemeinschaftskommentar § 1 Rdn. 43 m.w.N.; Kühne, Funktionsfähige Konkurrenz; Stegemann, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 1964, S. 237 ff.; Mestmäcker in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, 1963, S. 305 ff.; Kartte BB 1969, 53 ff.; Hansen WuW 1970, 655 ff.; weitere Nachweise bei Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 73.

62) BGH WuW 1952, 855; Lindenmaier WuW 1953, 259; Rasch-Westrick, GWB § 1 Anm. 1; Frankfurter Kommentar § 1 Anm. 20.

63) So namentlich das Bundeskartellamt (Nachweise bei Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 30). Dagegen kann als gängige Definition des Nachfragewettbewerbs nicht das Bestreben verstanden werden, bei der Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen an Stelle des Mitbewerbers dadurch zum Geschäftsabschluß zu kommen, daß man dem Anbieter eine besonders günstige Gegenleistung in Aussicht stellt (vgl. z.B. Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 5). Ein derartiges Bestreben setzt Warenknappheit und einen Verkäufermarkt voraus, eine heute kaum noch anzutreffende Marktsituation. Eine ausführliche Übersicht über das Problem des Nachfragewettbewerbs findet sich bei Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 22 ff. Vgl. auch das Gutachten der Monopolkommission, die sich für eine Gleichstellung von Angebots- und Nachfragemacht ausspricht (Sondergutachten 1977, Tz. 45).

Beeinflußt wurden diese Definitionen neben der amtlichen Begründung zum GWB insbesondere durch die Wettbewerbsdefinition des UWG. Für diese wird entscheidend auf das eigene Streben abgestellt ⁶⁴⁾.

Teilweise wird die enge Anlehnung an den Wettbewerbsbegriff des UWG kritisiert ⁶⁵⁾. Dem entspricht es, daß allgemeinere Wettbewerbsdefinitionen verwandt werden ⁶⁶⁾. Allen diesen Definitionen - so unterschiedlich sie im einzelnen sind - ist gemeinsam, daß sie den Wettbewerb nur als dynamischen Prozeß verstehen.

c. Die Ansicht von Knöpfle

Den für die Rechtswissenschaft gegenteiligen Standpunkt nimmt Knöpfle ein ⁶⁷⁾. Den Wettbewerbsbegriff des GWB sieht er in der vollständigen Konkurrenz

64) RGSt 58, 430; der BGH hielt an dieser Wettbewerbsdefinition fest; vgl. BGH GRUR 1960, 384 ff. (386); BGH NJW 1964, 29. Ausführliche Erläuterungen dazu bei Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 103 ff.

65) Knöpfle, Der Rechtsbegriff Wettbewerb, S. 1-95; Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 103 ff.

66) So definiert Kummer, Anwendungsbereich und Schutzzut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, S. 146, Wettbewerb als das "dem gewinnergerichteten Leistungsaustausch dienende Bemühen". Schmitz NJW 1957, 1704 ff. (1706) und NJW 1961, 2089 ff. (2093) versteht darunter alle Handlungsweisen, mit denen Anbieter und Nachfrager sich am Wirtschaftsprozess beteiligen.

67) Knöpfle, Der Rechtsbegriff Wettbewerb.

verwirklicht. Der Wettbewerb besteht nach ihm nicht in einem dynamischen Prozeß, sondern allein in einem Spannungs z u s t a n d . Dafür entscheidend sind die "wirtschaftlichen Erfordernisse, Risiken und Chancen, die sich für die Anbieter und Nachfrager aus der Wahlmöglichkeit der Marktpartner ergeben" 68).

Die Risiken einer-, die Chancen andererseits steigen bei ihm mit der Zahl der Marktteilnehmer. Knöpfler zeigt, wie sich der Wettbewerb erhöht, wenn ein Monopol Konkurrenz erhält 69). Ein Maximum der Risiken und Chancen sieht er in der vollständigen Konkurrenz 70), da es sich in dieser Marktform niemand leisten kann, über dem Marktpreis zu verkaufen; die Erhöhung seines Preises würde zum Verlust seiner Existenz führen.

Da er allein eine statische Betrachtung zugrunde legt 71), soll hier vom statischen Wettbewerbsbegriff gesprochen werden.

d. Die Vertreter der Gegenmachtthese

Während die überwiegende Meinung den Wettbewerb als dynamischen Prozeß ansieht, Knöpfler ihn dagegen nur

68) Knöpfler a.a.O. S. 222.

69) Knöpfler a.a.O. S. 203 ff.

70) Knöpfler a.a.O. S. 207.

71) Vgl. z.B. Hamm in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, S. 465 ff. (471).

statisch auffaßt, gibt es andere, die den Wettbewerbsbegriff des GWB unter Zugrundelegung der Gedanken der Gegenmachtthese lösen möchten ⁷²⁾. Danach soll Ziel einer Wettbewerbspolitik sein, das Marktgleichgewicht zwischen Anbietern und Nachfragern zu erhalten. Weder sollen Übermächtige Anbieter den Nachfragern ihre Bedingungen auferlegen, noch sollen die Anbieter sich einseitig nach den Nachfragern richten. Abwehrkartelle gegen eine übermächtige vor- oder nachgelagerte Stufe sollen danach als wettbewerbsfördernde Institutionen zulässig sein.

Spätestens seit der Einführung des § 5 b GWB im Jahre 1973 ist deutlich geworden, daß diese Theorie im Rahmen des § 1 GWB keinen Platz hat. Eine Kooperation kleiner Unternehmen würde sich nach der Gegenmachtthese immer positiv auf den Wettbewerb auswirken, könnte daher niemals unter § 1 GWB fallen. Aus § 5 b Abs. 2 iVm. § 5 a Abs. 3 GWB folgt aber, daß kleine Unternehmen ihren Vertrag ausnahmsweise legalisieren lassen können, ansonsten ist auch er unwirksam. Für die Beurteilung, ob ein Vertrag kleiner Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt und damit unter § 1 GWB fällt, kann daher nicht die Gegenmachtthese herangezogen werden. Die vorne erwähnten Ansichten, die davon ausgehen,

72) Sölter, Das Rabattkartell, S. 56 ff.; derselbe, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung; derselbe MA 1961, 366 ff.; derselbe WuW 1968, 317 ff. Seine Überlegungen wurden aufgegriffen von den auf S. 9 Fn. 3 genannten Autoren. In neuerer Zeit erschienen weitere Abhandlungen von Sölter: WRP 1972, 53 ff. (57); WuW 1974, 657 ff. (660); eine umfangreiche Aufzählung weiterer Literatur zur Gegenmachtthese findet sich bei Schuhmacher ZHR 140 (1976), 317 ff. (321).

Genossenschaften könnten schon deshalb keine Kartelle sein, weil sie als gegengewichtige Gebilde den Wettbewerb fördern, sind daher abzulehnen.

Auch vom wirtschaftswissenschaftlichen Standpunkt aus wird diese Theorie überwiegend abgelehnt. Ihr wird vorgeworfen, daß sie zu einer Vermachtung der Wirtschaft führt. Da sie als Wettbewerbskonzept nicht die Verhinderung, sondern nur die Bildung neuer Macht kennt, führt sie zu einer ständig steigenden Vermachtung der Wirtschaft: Die Bildung von Macht bewirkt als Reaktion darauf die Bildung von Gegenmacht. Macht und Gegenmacht werden sich gegenseitig zu immer stärkeren Machtpositionen aufschaukeln ⁷³⁾. Es besteht die Gefahr, daß die ursprünglich gegeneinander arbeitenden Unternehmen sich untereinander verständigen, und zwar zu Lasten des Letztverbrauchers, der sich nicht zusammenschließen kann und gegen den diese Macht daher wirksam wird ⁷⁴⁾.

e. Fikentschers Auffassung

Die Auffassung, daß Wettbewerb nur im Oligopol möglich ist und damit eine Übereinstimmung mit den Thesen von Kantzenbach, wird von Borchardt-Fikentscher vertreten. Ihre Definition versteht unter Wettbewerb das Streben sich gegenseitig beeinflussender ⁷⁵⁾ Anbieter und Nachfrager nach Geschäftsverbindungen mit Dritten ⁷⁶⁾.

73) Mestmäcker JZ 1955, 191.

74) Hamm in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, S. 488; umfassende Nachweise bei Säcker a.a.O. S. 212 Fn. 54.

75) Sperrdruck vom Verfasser.

76) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 14; zuletzt Fikentscher WuW 1961, 788 ff. (798); vgl. auch die Rezension über Kummer in RabelsZ Bd. 26 (1961), 355 ff. (356).

Diese Definition stellt einmal auf das selbständige Streben der Wirtschaftsteilnehmer ab; insoweit wird der Wettbewerb nicht als Zustand, sondern als Verhaltensweise angesehen.

Zusätzlich geht diese Definition aber davon aus, daß Wettbewerb nur möglich ist bei "sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussenden Anbietern und Nachfragern". Diese Formulierung bringt zum Ausdruck, daß Wettbewerb nur im Oligopol, das heißt, bei gegenseitiger Beeinflussung der Wettbewerber, möglich ist ⁷⁷⁾. Ebenso gehen auch Rinck ⁷⁸⁾ und Sandrock ⁷⁹⁾ davon aus, daß Wettbewerb nur möglich ist bei Unternehmen, die sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussen.

Überwiegend wird dieser Meinung mit Recht nicht gefolgt. An keiner Stelle des GWB findet sich ein Hinweis darauf; daß Wettbewerb nur im Oligopol möglich sein soll.

Außerdem spricht die Existenz des § 5 b GWB gegen diese Theorie. Nach § 5 b GWB können sehr kleine Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen. Im Gegensatz dazu steht diese Theorie, nach der Polypolisten dazu nicht in der Lage sind; denn wenn zwischen Polypolisten ohnehin kein Wettbewerb besteht, kann auch keiner eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen.

77) Vgl. dazu Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 114 ff. und 217.

78) Rinck, Wirtschaftsrecht, S. 247.

79) Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 129 f.

Außerdem bestehen gegen diese Theorie auch vom wirtschaftswissenschaftlichen Standpunkt her erhebliche Einwände. Einmal widmet sie der Komponente des potentiellen Wettbewerbs nicht die nötige Aufmerksamkeit. Infolge der Konkurrenz der großen Unternehmen ist es für kleine Neuankömmlinge schwierig, Fuß zu fassen. Außerdem geht sie davon aus, daß der Wettbewerb dort am größten ist, wo es sich nur um einen ganz kleinen Schritt handelt bis zu dem Zustand, bei dem er durch entsprechende Vereinbarungen zum Erliegen kommt. Ein Zustand, der so eng an der "Gefahrengrenze" liegt, wird kaum als Optimum bezeichnet werden können. Alle Versuche, eine rechtliche Beurteilung auf Grundlage dieser Theorie zu finden, gehen daher fehl.

f. Baur's Ansicht

Schließlich wird in Anbetracht der sich widersprechenden volkswirtschaftlichen Theorien von Baur der Versuch unternommen, eine juristische Wettbewerbsbestimmung ohne Zugrundelegung bestimmter volkswirtschaftlicher Meinungen herzuleiten. Es soll danach nur ein juristischer Wettbewerbsbegriff zugrunde gelegt werden, dem lediglich einige volkswirtschaftliche Funktionen zu entnehmen sind. Diese Bestimmung soll aber darauf verzichten, ein Abbild des wirtschaftlichen Wettbewerbs zu sein ⁸⁰⁾.

Auch diese Meinung ist abzulehnen. Der Gesetzgeber wollte keinen gesonderten juristischen Wettbewerbsbegriff zugrunde legen, denn sonst hätte er diesen im GWB definiert.

80) Baur ZHR 134 (1970), 97 ff. (117 ff.).

g. Eigene Stellungnahme

Allgemein geht man von der Unvereinbarkeit der dynamischen und statischen Wettbewerbstheorie aus und legt allein den dynamischen Wettbewerbsbegriff zugrunde (1). Unter Zugrundelegung dieser Wettbewerbstheorie lassen sich aber nicht alle Probleme - zu denen auch die Einkaufsgemeinschaften gehören - lösen (2). Das zeigt sich besonders deutlich an den herrschenden juristischen Wettbewerbsdefinitionen, die für Einkaufsgemeinschaften nicht zu eindeutigen Ergebnissen gelangen können (3). In einem derartigen Fall ist es notwendig, Prinzipien des statischen Wettbewerbsbegriffes zur Beurteilung heranzuziehen (4).

1. Allgemein geht man davon aus, daß die amtliche Begründung des GWB widersinnig ist, weil sie zwei unvereinbare Wettbewerbsprinzipien in sich vereinige ⁸¹⁾. In diesem Konflikt gibt die herrschende Ansicht dem dynamischen Wettbewerbsbegriff den Vorrang, eine Mindermeinung dem statischen Wettbewerbsbegriff ⁸²⁾.

2. In Wirklichkeit sind diese Aussagen jedoch nicht generell unvereinbar. Es gibt Fallsituationen, auf die die dynamische Theorie allein keine eindeutige Antwort gibt.

81) Schmidt WuW 1966, 701.

82) Vgl. oben S. 118 ff.

Gerade Einkaufsgemeinschaften lassen sich allein mit dieser Theorie nicht hinreichend eindeutig beurteilen. Wie später ausführlich dargestellt wird, sind sie dadurch gekennzeichnet, daß ihre Mitglieder weder rechtlich noch faktisch zu einer bestimmten Handlungsweise verpflichtet sind, durch ihr Verhalten aber Dritten gegenüber einen Machtfaktor darstellen können, der diese beeinträchtigt. Wie diese Marktmacht unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist, läßt sich allein mit der dynamischen Theorie nicht entscheiden. Gegenstand dieser Theorie sind speziell dynamische Handlungsweisen von Unternehmen, die uneingeschränkt positiv beurteilt werden; die daraus resultierende Marktmacht wird folglich auch als positiv angesehen. Gegenstand dieser Theorie ist die fortschrittsfreundliche Marktmacht, zu der diejenige gehört, die auf Unternehmenswachstum beruht ⁸³⁾.

Die auf Kooperation basierende Marktmacht beruht nicht auf einer speziellen unternehmerischen Leistung und kann daher nicht ohne weiteres als positiv angesehen werden. Wie diese Marktmacht anzusehen ist, ist vielmehr eine Frage des Markt z u s t a n d e s , die durch die statische Theorie zu beurteilen ist. Daraus ergibt sich, daß die Vertreter eines allein auf dem dynamischen Wettbewerbsbegriff aufbauenden Konzeptes nicht sagen können, ob diese Marktmacht einen Fall der Wettbewerbsbeschränkung darstellt.

83) Vgl. oben S. 107 ff.

3. Der daraus resultierende Meinungsstreit zeigt sich besonders deutlich, wenn man von den herrschenden juristischen Wettbewerbsdefinitionen ausgeht:

Nach den auf dem dynamischen Wettbewerbsbegriff aufbauenden Definitionen wird unter Wettbewerb das Bestreben verstanden, auf Kosten des Marktgegners Vorteile zu erlangen ⁸⁴⁾. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt nach dieser Definition vor, wenn das selbständige Streben der Wirtschaftsteilnehmer eingeschränkt wird.

Ob Einkaufsgemeinschaften diese Voraussetzungen erfüllen, kann nach dieser Definition nicht allgemeingültig beantwortet werden.

a. Ohne Bezugszwang werden die am Vertrag Beteiligten, die Genossen, nicht eingeschränkt, da sie die Waren nicht von einer bestimmten Stelle kaufen müssen ⁸⁵⁾. Meinungen, die nur auf das selbständige Streben der Vertragspartner abstellen, kommen in diesem Fall eindeutig zu keiner Wettbewerbsbeschränkung ⁸⁶⁾.

84) Es braucht nicht auf jede einzelne der verschiedenen Formulierungen eingegangen zu werden, da diese zu keinem anderen Ergebnis führen.

85) A.A. aber z.B. Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 59; ausführlich wird darauf später eingegangen.

86) So notwendigerweise die Vertreter der Gegenstandstheorie; vgl. im einzelnen oben S. 3 Fn. 8.

b. Wenn man aber mit neueren Meinungen auch *D r i t t e* einbezieht ⁸⁷⁾, so ist eine klare Aussage allein auf Grund der herrschenden Wettbewerbsdefinition nicht möglich:

Die Vertreter, die Einkaufsgemeinschaften als wettbewerbsbeschränkend ansehen, gehen davon aus, daß die *B e e i n t r ä c h t i g u n g* Dritter durch Marktmacht eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt ⁸⁸⁾.

Dies ist aber eine Aussage, die sich auf Grund des dynamischen Wettbewerbsbegriffes nicht ohne weiteres herleiten läßt. Entscheidend ist nach dieser Theorie nämlich nicht, ob jemand *b e e i n t r ä c h t i g t* wird, sondern allein, ob das wettbewerbsrechtliche *S t r e b e n* nachläßt. Da das Streben der Beteiligten nicht eingeschränkt wird, können diese Meinungen nur dann zu einer Wettbewerbsbeschränkung kommen, wenn das *S t r e b e n* Außenstehender eingeschränkt wird. Indes läßt sich dieser Nachweis nicht generell führen; ob das Streben des Dritten nachläßt, hängt sehr vom jeweiligen Einzelfall ab; daher können die Vertreter des dynamischen Wettbewerbsbegriffs nicht zu eindeutigen Lösungen gelangen:

Einmal kann es sein, daß sich der Dritte resignierend auf die Bedingungen des Stärkeren einlassen

87) So alle Vertreter der Folgetheorie; vgl. im einzelnen oben S. 5 Fn. 12.

88) Säcker, Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 9, 193 ff. (198 f.); Mahlmann a.a.O. S. 62 ff., 101 f.; Lukes, Der Kartellvertrag, S. 123 ff.; Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 12.

muß; insoweit wäre sein wettbewerbsrechtliches Streben beeinträchtigt. Dieser Fall schwebt den Vertretern der Meinung vor, die eine dynamische Wettbewerbsdefinition vertreten und Marktmacht als wettbewerbsbeschränkend ansehen ⁸⁹⁾.

Indes ist es nicht immer so, daß Marktmacht, die einen Dritten beeinträchtigt, diesen in seinem wettbewerbsrechtlichen Streben einschränkt. Oftmals tritt auch der umgekehrte Fall ein, daß das Streben des Marktgegners in Anbetracht der gegen ihn gerichteten Zusammenarbeit nicht nachläßt, sondern zunimmt. Er wird oftmals noch aktiver, um sich gegen die Marktmacht behaupten zu können. So geht ein Teil der Ansichten davon aus, daß die Beeinträchtigung Dritter durch Einkaufsgenossenschaften extrem wettbewerbsfördernd wirkt ⁹⁰⁾. Sie weisen darauf hin, daß Genossenschaften die Preise "herunterkonkurrieren", da die Hersteller günstigere Angebote machen müssen, deshalb besser kalkulieren und ihrerseits nach günstigeren Angeboten Ausschau halten.

Leider ist es so, daß jede dieser Meinungen die gegenteilige Stellungnahme nicht erwähnt. Die Meinungen, die der Ansicht sind, Genossenschaften führen zu einer Wettbewerbsbelebung, weil sich die vorgelagerte Stufe mehr anstrengen muß, erwähnen nie, daß die Beeinträchtigung des Dritten auch zu einem

89) Säcker a.a.O.; Mahlmann a.a.O.; Emmerich a.a.O.

90) Baur in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, insb. S. 515; Fleischmann ZgGW Bd. 22 (1972), 159 ff.; Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 3.

Nachlassen seines wettbewerbsrechtlichen Strebens führen kann. Umgekehrt verweisen diejenigen, die Marktmacht als wettbewerbsbeschränkend ansehen und damit unterstellen, daß das Streben des Dritten eingeschränkt wird, niemals darauf, daß dieses auch steigen kann. Der Meinungsstreit ist zum großen Teil dadurch bedingt, daß allein auf den dynamischen Wettbewerbsbegriff abgestellt wird und jeder der Autoren eine bestimmte Verhaltensweise des Dritten unterstellt.

Theoretisch gesehen müßten die auf dem dynamischen Wettbewerbsbegriff aufbauenden Wettbewerbsdefinitionen immer dann eine Wettbewerbsbeschränkung annehmen, wenn die vorgelagerte Stufe sich resignierend auf die Bedingungen der Nachfragemacht einlassen muß, immer dann von einer Wettbewerbsförderung ausgehen, wenn sie sich zu weiteren Anstrengungen veranlaßt sieht. Es ist aber verständlich, daß eine so unbestimmte Reaktion des Dritten nicht als Grundlage über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Vertrages entscheiden kann.

Damit ist gesagt, daß sich diese Theorie zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Genossenschaften nicht eignet; mit ihr allein kann man nicht zu eindeutigen Ergebnissen gelangen ⁹¹⁾. Das erklärt, warum die Vertreter, die diesen Wettbewerbsbegriff zugrunde legen, so unterschiedliche Standpunkte vertreten.

91) Vgl. auch Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 46 f., der ebenfalls auf die Unzulänglichkeit dieses Wettbewerbskonzeptes hinweist.

Wenn im Einzelfall eine Theorie für die Rechtsanwendung so unpraktisch wird, daß keine generelle Aussage mehr möglich ist, müssen auch Grundsätze einer anderen Theorie herangezogen werden. Dies können nur Prinzipien sein, die auf dem statischen Wettbewerbsbegriff beruhen.

Nach den Grundsätzen der statischen Theorie stellt jede Marktmacht, die Dritte beeinträchtigt, den typischen Fall einer Wettbewerbsbeschränkung dar. Die wesentliche Aussage dieser Theorie besteht in dem Prinzip der Vermeidung von Marktmacht. Das Problem, das nach der dynamischen Theorie nicht eindeutig lösbar war, ist nach ihr einfach zu beurteilen. Da ein Abstellen auf das wettbewerbsrechtliche Streben und damit den dynamischen Wettbewerbsbegriff allein zu keinem Ergebnis führt, wird man entscheidend mit den Grundsätzen der statischen Theorie darauf abstellen müssen, ob Dritte beeinträchtigt werden. Ziel des GWB ist auch der Schutz Dritter; ihre wettbewerbsrechtliche Beeinträchtigung darf nicht unberücksichtigt bleiben. Dieses Ergebnis ist nicht aus dem Überwiegend vertretenen dynamischen Wettbewerbsbegriff herleitbar, sondern allein aus dem Prinzip der Vermeidung von Marktmacht, das auf dem statischen Wettbewerbskonzept beruht.

h. Zusammenfassende Beurteilung des Ergebnisses

Es ging um die für Einkaufsgenossenschaften wichtige Frage, ob die durch sie bedingte Marktmacht eine Form der Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Es wurde

gezeigt, daß die Beantwortung vom zugrundeliegenden Wettbewerbsverständnis abhängt. Deutlich wurde, daß die herrschenden Wettbewerbsdefinitionen diese Frage nicht eindeutig beantworten können; nach dem hier zugrundeliegenden Wettbewerbsverständnis muß sie klar bejaht werden.

Diese Meinung entspricht vom Ergebnis einer neuerdings häufiger vertretenen Ansicht ⁹²⁾; unterschiedlich ist nur die Begründung. Die Aussage, daß Marktmacht eine Form der Wettbewerbsbeschränkung darstellt, läßt sich weder - wie überwiegend angenommen - aus der Folgetheorie herleiten noch allein aus dem dynamischen Wettbewerbsbegriff. Vielmehr ist hierfür das auf dem statischen Wettbewerbsbegriff beruhende Prinzip der Vermeidung von Marktmacht heranzuziehen.

Die Gegenansicht, nach der die wettbewerbsrechtliche Kontrolle der Marktmacht allein nach den §§ 22 ff. GWB erfolgen soll ⁹³⁾, überzeugt nicht; es wird der grundsätzliche Unterschied zwischen einer auf Konzentration und einer auf Kooperation beruhenden Marktmacht übersehen.

Marktmacht, die auf Konzentration, also Unternehmenswachstum, beruht, korrespondiert mit dem technischen

92) Vgl. oben S. 128 Fn. 88.

93) Paulick ZHR 136 (1972), 307 ff. (313); ebenso Westermann, *Rechtsprobleme der Genossenschaften*, S. 77 ff. (83 ff.) und Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 3 ff.

Fortschritt und ist deshalb für den dynamischen Wettbewerbsprozeß unbedingte Voraussetzung. Sich zusammenschließende Unternehmen sind oft in der Lage, neue teurere Produktionsprogramme einzuführen. Mit den Worten der dynamischen Theorie bedeutet das Wachstum der Unternehmen eine "Neuerung", der andere Unternehmen folgen müssen ⁹⁴⁾. Unternehmenszusammenschlüsse sind notwendig, um optimaler arbeitende Unternehmensgrößen zu erzielen.

Darüber hinaus beruht das Unternehmenswachstum meist auf einer besonderen unternehmerischen Leistung, die anerkannt werden muß. Aus diesen Gründen ist diese Marktmacht nach den §§ 22 ff. GWB grundsätzlich zulässig, ausnahmsweise dann verboten, wenn die Gefahr besteht, daß durch sie die Gewährleistung des dynamischen Wettbewerbsprozesses in Frage gestellt wird.

Demgegenüber stellt die auf Kooperation beruhende Marktmacht keine "Neuerung eines dynamischen Unternehmens" dar, die sich für den Fortschritt positiv auswirkt. Während Marktmacht auf Grund von Unternehmenswachstum auf einer besonderen Leistung des Unternehmens beruht, kann dies von dieser nicht gesagt werden. Die Privilegierung der §§ 22 ff. GWB kann ihr daher nicht zugute kommen.

94) Vgl. oben S. 107 ff.

6. Die Fallgruppen der Wettbewerbsbeschränkung

Nach den Wettbewerbsdefinitionen kann das bereits erwähnte Einteilungsschema für Wettbewerbsbeschränkungen abgehandelt werden. Im einzelnen handelt es sich um folgende Fallgruppen:

1. Gegenstand des Vertrages ist die Beschränkung der Beteiligten.
2. Gegenstand des Vertrages ist die Beschränkung Dritter.
3. Folge des Vertrages ist die Beschränkung der Beteiligten.
4. Folge des Vertrages ist die Beschränkung Dritter.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß dem Streit zwischen der Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie, das heißt, dem Streit um die *S t e l l u n g* des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung, keine allzu große Bedeutung beigemessen wird ⁹⁵⁾. Entscheidender ist nach hier vertretener Ansicht die Auslegung des Begriffes der Wettbewerbsbeschränkung. Wichtiger als die Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie wird daher das Einteilungsschema für Wettbewerbsbeschränkungen erachtet. Dieses soll an Stelle der Einteilung zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie herangezogen werden. Es hat den Vorteil der größeren Rechtsklarheit und Rechtssicherheit; subjektive Erwägungen der Parteien spielen keine Rolle.

Die vier Gruppen umfassen alle Fälle eines möglichen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens. Ver-

95) Vgl. oben S. 92 ff.

haltensweisen, die unter keine der vier Gruppen fallen, können keinesfalls wettbewerbsbeschränkend sein. Welche der Fallgruppen darüber hinaus als nicht wettbewerbsbeschränkend anzusehen ist, beurteilt sich nach den zugrunde gelegten Wettbewerbsdefinitionen. Aus den vier Fallgruppen ergibt sich unmittelbar die Beurteilung der Genossenschaften.

a. Gegenstand des Vertrages ist die Beschränkung der Beteiligten

Dieser Fall ist gegeben, wenn die Vertragsbeteiligten rechtlich verpflichtet sind, untereinander auf die Durchführung bestimmter Wettbewerbsmaßnahmen zu verzichten. Typische Fälle dieser Art bestehen darin, daß die Vertragschließenden vereinbaren, nur zu einem bestimmten Preis ihre Waren zu verkaufen, nicht über ein bestimmtes räumliches Gebiet hinaus ihre Waren anzubieten, die Produkte nur über eine bestimmte Absatzfirma an den Markt zu bringen oder diese nur von einer bestimmten Firma zu beziehen.

In diesem Fall kommen alle vertretenen Ansichten dazu, daß hier eine unter § 1 GWB fallende Wettbewerbsbeschränkung vorliegt ⁹⁶⁾. Die Ansichten, die

96) Auch die Vertreter der Gegenstandstheorie (vgl. S. 3 Fn. 8), die einen sehr eingeschränkten Wettbewerbsbegriff vertreten, kommen hier eindeutig zu einem Fall der Wettbewerbsbeschränkung.

ihrer Definition den dynamischen Wettbewerbsbegriff zugrunde legen ⁹⁷⁾, sehen dies als typischen Fall einer Wettbewerbsbeschränkung an. Das den Wettbewerbsprozeß darstellende selbständige Streben ist nicht mehr uneingeschränkt möglich, wenn die Beteiligten rechtlich dazu verpflichtet sind, sich in bestimmter Weise zu verhalten. Dabei ist es unerheblich, ob eine derartige Wettbewerbsbeschränkung sich gegen eine übermächtige Marktstufe richtet, weil die Wettbewerbsförderung durch Gegenmacht im Rahmen des § 1 GWB keine Berücksichtigung finden kann ⁹⁸⁾.

b. Gegenstand des Vertrages ist die Beschränkung Dritter

Ein derartiger Fall liegt vor, wenn mehrere Unternehmen sich darauf einigen, einen unliebsamen Konkurrenten gleicher, vor- oder nachgelagerter Marktstufe zu verdrängen, ohne daß dem einzelnen Vertragspartner vorgeschrieben wird, welche speziellen Handlungen er vorzunehmen hat und ohne daß der Wettbewerb zwischen den am Vertrag Beteiligten eingeschränkt wird.

Wie dieser Fall beurteilt wird, ist schwer zu sagen, da das hier zugrunde gelegte Einteilungsschema und damit auch diese spezielle Gruppe sonst nicht abge-

97) Vgl. oben S. 118 ff.

98) Vgl. oben S. 121 f.

handelt werden. Ein Teil der dynamischen Wettbewerbsdefinitionen scheint diesen Fall aber nicht als wettbewerbsbeschränkend anzusehen. Nach ihnen soll nur die rechtliche Verpflichtung eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, die die Beteiligten verpflichtet, nicht mehr gegeneinander zu kämpfen. Sie sprechen ausdrücklich davon, daß eine Wettbewerbsbeschränkung nur vorliegt, wenn der Wettbewerb *inter partes* ⁹⁹⁾ eingeschränkt wird. Das wäre hier nicht der Fall, da die am Vertrag Beteiligten nicht gehindert sind, den Kampf gegeneinander fortzusetzen. Sie haben sich nur zu Lasten eines Dritten in ihrer Freiheit eingeschränkt.

Dem dynamischen Wettbewerbsbegriff allein gerecht wird es aber nur, auch diesen Fall unter das Verbotsprinzip des § 1 GWB fallen zu lassen, denn das angestrebte Schutzgut, das selbständige Streben der am Vertrag beteiligten Unternehmer, wird auch dann eingeschränkt, wenn sie sich zu Lasten eines Dritten in ihrer Handlungsweise rechtlich beschränken.

c. Folge des Vertrages ist die Beschränkung der Beteiligten

Dieser Fall liegt vor, wenn der Vertrag *keine rechtliche Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten* enthält, die durch ihn ent-

99) Vgl. dazu Hoppmann DB 1970, 95.

standenen Zwänge aber so groß sind, daß den Beteiligten eine andere Verhaltensweise *f a k t i s c h* nicht möglich ist. Eine derartige Situation ist dann gegeben, wenn zwischen Oligopolisten eine Vereinbarung getroffen wird, die den einzelnen Vertragspartner zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch bindet.

Typische Fälle, die in diese Gruppe gehören, sind die von der Rechtsprechung behandelten Preismeldestellen und gemeinsamen Verkaufseinrichtungen ¹⁰⁰⁾. Auch ohne rechtliche Verpflichtung zum Absatz über eine derartige Vertriebsgesellschaft ist jeder Oligopolist gezwungen, über sie abzusetzen. Er kann es sich nicht leisten, ein anderes Ziel anzusteuern als dasjenige, das durch den Vertrag erreicht werden soll. Gesellschaftliche Verpflichtungen stünden dem entgegen. Auch hindert ihn daran die oligopolistische Interdependenz, die Reaktion der anderen auf seinen Alleingang. Die faktischen Zwänge sind so groß, daß niemand der am Vertrag Beteiligten sich anders verhalten kann.

Durch zusätzlich angewandte Maßnahmen ist es möglich, ein absolutes Gleichverhalten zu erreichen; so können Unternehmen für ihr Gleichverhalten aus einer gemeinsamen Kasse finanziell begünstigt werden, so daß kein Unternehmen Veranlassung hat, sich im Alleingang zu versuchen ¹⁰¹⁾.

100) Ausführlicher werden diese in den folgenden Abschnitten behandelt.

101) Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 244.

Während die heute in der Literatur überwiegend noch vertretene Auffassung hier eine Wettbewerbsbeschränkung verneint, weil die Beteiligten nicht rechtlich zu einer bestimmten Verhaltensweise verpflichtet sind, ist die jüngste Rechtsprechung dazu übergegangen, auch diesen Fall als wettbewerbsbeschränkend anzusehen ¹⁰²⁾. Begründen läßt sich diese Meinung schon mit dem herrschenden Wettbewerbsbegriff; das selbständige Streben, das nach dieser Theorie das Grundprinzip jedes Wettbewerbs ist, ist auch ohne rechtliche Verpflichtung beseitigt. Alle von der Rechtsprechung in letzter Zeit entschiedenen und schon vorne behandelten Fälle waren dadurch gekennzeichnet, daß zwischen den am Vertrag beteiligten Unternehmen eine oligopolistische Verbundenheit bestand, die zu dem beanstandeten Gleichverhalten führte. Gekennzeichnet ist diese Gruppe dadurch, daß die Beteiligten faktisch gebunden sind.

Daß eine Wettbewerbsbeschränkung auch ohne rechtliche Verpflichtung möglich ist, wird bestätigt durch zwei Vorschriften des GWB, die Paragraphen 25 und 38 GWB.

Gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer sich vorsätzlich über die Unwirksamkeit eines Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt, der nach § 1 GWB unwirksam ist. Aus dem engen Zusammenhang zwischen der Grundnorm des § 1 GWB und dem - sie ergänzenden - Umgehungsverbot des § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB folgt, daß für dieses Verbot der-

102) Vgl. die bereits auf S. 70 Fn. 27 ff. angegebenen Rechtsprechungsentscheidungen.

selbe Begriff des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung gelten muß wie für § 1 GWB. Daher ist eine Definition des Wettbewerbs im Sinne des § 1 GWB nur brauchbar, wenn sie auch im Rahmen des § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu richtigen Ergebnissen führt ¹⁰³⁾. § 38 GWB geht davon aus, daß eine Wettbewerbsbeschränkung auch möglich ist, obwohl die am Vertrag Beteiligten rechtlich in ihrer Verhaltensweise nicht eingeschränkt sind. Es besteht völlige Freiheit der teilnehmenden Unternehmen, gleichwohl liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor.

Dasselbe ergibt sich auch aus § 25 Abs. 1 GWB. In ihm ist ein Fall geregelt, bei dem eine Wettbewerbsbeschränkung lediglich durch ein faktisches Gleichverhalten eintritt. Der Gesetzgeber geht auch in dieser Vorschrift davon aus, daß eine Wettbewerbsbeschränkung möglich ist, ohne daß die Beteiligten einer rechtlichen Verpflichtung unterliegen.

Wollen die Vertreter der Gegenstandstheorie ihren eingeschränkten Wettbewerbsbegriff aufrechterhalten, so müssen sie daher notwendigerweise verschiedene Wettbewerbsbegriffe für das GWB zugrunde legen ¹⁰⁴⁾.

103) Knöpfle, Der Rechtsbegriff Wettbewerb, S. 327 ff.

104) So Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann, S. 59 ff., der für § 1 GWB auf den Verlust der Handlungsfreiheit der Beteiligten, für § 25 GWB auf den Verlust der Handlungsfreiheit Dritter abstellt, die ihre Handlungsfreiheit jedoch erst dann verloren haben sollen, wenn sie den zuvor bestandenen Marktzustand nicht wieder zu ihren Gunsten verändern können. Neben der Aufgabe eines einheitlichen Wettbewerbsbegriffes würde diese in der Praxis kaum anzutreffende Voraussetzung zu einer praktischen Unanwendbarkeit des § 25 GWB führen, eine sicher nicht im Interesse des vom Gesetzgeber beabsichtigten effektiven Wettbewerbschutzes liegende Folgerung.

Indes ist es völlig unwahrscheinlich, daß derselbe Begriff eines Gesetzes so unterschiedlich auszu-
legen sein soll. Aus dem engen Zusammenhang zwischen
§ 1 GWB und den Umgehungsnormen der §§ 25 und 38 GWB
folgt vielmehr mit zwingender Notwendigkeit eine
einheitliche Definition der Wettbewerbsbeschränkung,
die nicht restriktiv interpretierbar ist.

d. Folge des Vertrages ist die Beschränkung
Dritter

aa. Darstellung der Fallgruppe

Diese Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, daß
die am Vertrag Beteiligten weder recht-
lich noch faktisch eingeschränkt
werden; beeinträchtigt werden nur Dritte infolge
der von diesem Vertrag ausgehenden Marktmacht.
Dieser Fall spielt bei Einkaufsgemeinschaften eine
bedeutende Rolle und ist deshalb für das hier zu
behandelnde Thema von größter Bedeutung.

Für Einzelhändler ist es vorteilhaft, zum Gemein-
schaftsbezug überzugehen ¹⁰⁵⁾. Die auf der Nach-
frageseite auftretende verstärkte Gruppenmacht
führt dazu, daß sich der Anbieter zu Preiszuge-
ständnissen bereit erklären muß. Je mehr Unternehmer

105) Säcker, Archiv für öffentliche und freigemein-
nützige Unternehmen, Bd. 9 (1971), S. 199.

sich an einem gemeinsamen Einkauf beteiligen, desto mehr gelingt es der Gemeinschaft, zu noch vorteilhafteren Bedingungen ihre Waren zu beziehen. Der Extremfall bestünde darin, daß fast alle Unternehmen einer Marktstufe an dieser Gemeinschaft beteiligt sind; die gesamte Nachfragemacht würde in der Form eines Kollektivmonopols auftreten. Keiner der Anbieter könnte es sich in diesem Fall leisten, auf diesen Abnehmer zu verzichten. Er muß sich einseitig auf die Bedingungen der Nachfrageseite einlassen und hat jede Handlungsalternative verloren.

Ein solch marktmächtiger Nachfragezusammenschluß ist wirtschaftlich gesehen überaus stabil. Da der Einzelhändler die Waren im Gemeinschaftsbezug billiger erhält, wird in der Regel alles über die Gemeinschaft bezogen. Es besteht die Gefahr eines kumulierenden Prozesses, denn je mächtiger eine Gemeinschaft wird, desto mehr Mitglieder werden sich ihr anschließen, und um so mehr wird dadurch ihr Einfluß noch weiter verstärkt.

bb. Abgrenzung zur dritten Fallgruppe

Wichtig ist die Abgrenzung zur dritten Fallgruppe. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß sie **keine rechtliche Verpflichtung** der Mitglieder kennen, den Marktverkehr nur über die Gemeinschaft auszuüben. Gemeinsam ist auch beiden, daß ihre Existenz sich zum **Nachteile Dritter**, nämlich der vor- oder nachgelagerten Stufe, auswirkt. Die Vorteile der Gemeinschaft gehen zu Lasten der anderen Marktteilnehmer.

Der wichtige Unterschied besteht aber darin, daß in der dritten Gruppe die Folge des Vertrages die Beschränkung der Beteiligten ist, während die vierte dadurch gekennzeichnet ist, daß sich als Folge des Vertrages **n u r** die Beschränkung **D r i t t e r** ergibt. Nur bei der dritten Fallgruppe ist der Wettbewerb unter den Vertragspartnern eingeschränkt.

Bei der dritten Gruppe möchte manches Unternehmen im Alleinverkauf unter Umgehung der Verkaufsgemeinschaft eine größere Warenmenge zu einem günstigeren Preis absetzen. Aus gesellschaftlichen Gründen und aus Furcht vor den anderen Unternehmen müssen sie darauf verzichten. Der abgeschlossene Vertrag hindert sie daran, ihren an sich gewünschten einzelwirtschaftlichen Bestrebungen zu folgen. Es besteht eine Diskrepanz zwischen **W o l l e n** und **K ö n n e n**.

Umgekehrt verhält es sich bei der vierten Fallgruppe: Das einzelwirtschaftliche Streben der Unternehmen, das Ziel des dynamischen Wettbewerbsbegriffs, ist nicht eingeschränkt. Jeder der beteiligten Unternehmer ist bestrebt, seine Waren so günstig wie möglich zu beziehen. In diesem Bestreben wird er durch den Vertrag nicht gehindert. Er muß seine Waren nicht von der Gemeinschaft kaufen, sondern kann sie beziehen, woher er will. Tatsächlich ist es nur so, daß der Unternehmer die Waren meist an keiner anderen Stelle günstiger erhält. Im Gegensatz zur dritten Fallgruppe sind hier das einzelwirtschaftliche Wollen und Können identisch; es besteht daher **u n t e r e i n -**
a n d e r k e i n e Wettbewerbsbeschränkung. Jeder bezieht die Waren von dort, wo er sie am günstigsten erhält. Das einzelwirtschaftliche Streben,

das Ziel des dynamischen Wettbewerbsbegriffs, ist weiterhin vorhanden.

Die Ansichten, die allein zwischen der Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie unterscheiden, sehen diesen Unterschied nicht. Im Gegensatz zur hier dargestellten Meinung vertreten sie die Ansicht, daß der Wettbewerb zwischen den Mitgliedern ausgeschaltet sei, weil alle ihre Waren in gleicher Weise über die Gemeinschaft beziehen.

Diese Ansicht wird insbesondere von Sandrock ¹⁰⁶⁾ vertreten. Nach seinem Wettbewerbsverständnis kann er diesen Fall nur dann als wettbewerbsbeschränkend ansehen, wenn er nachweist, daß der Wettbewerb unter den Beteiligten eingeschränkt ist. Ausgehend von Fikentschers Wettbewerbsverständnis ¹⁰⁷⁾ setzt jede Wettbewerbsbeschränkung nach ihm eine formelle und materielle Wettbewerbsbeschränkung voraus. Die formelle besteht darin, daß zwischen den Beteiligten der Wettbewerb ausgeschaltet wird, die materielle, daß Dritte beeinträchtigt werden ¹⁰⁸⁾. Will Sandrock zur Wettbewerbsbeschränkung kommen, so muß er daher eine formelle Wettbewerbsbeschränkung annehmen, indem er die Mitglieder der Gemeinschaft faktisch für gebunden hält ¹⁰⁹⁾.

106) Sandrock, Grundbegriffe des GWB, S. 208 ff. Auf diesem Wettbewerbsverständnis baut auch sein Buch "Kartellrecht und Genossenschaften" auf; vgl. z.B. S. 59, wo entscheidend auf das Gleichverhalten abgestellt wird.

107) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 27 ff.

108) Die materielle Wettbewerbsbeschränkung kommt in dem Tatbestandsmerkmal "durch Beeinflussung der Marktverhältnisse" zum Ausdruck.

109) Diese differenzierende Unterscheidung wird nicht immer gesehen; so geht Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 2 davon aus, Sandrock würde die Marktmacht an sich für wettbewerbsbeschränkend ansehen. Das ist nicht richtig. Sandrock sieht

Die Ansicht, im Gleichverhalten der Mitglieder läge untereinander eine Wettbewerbsbeschränkung, ist nicht richtig. Die Tatsache, daß sich alle in gleicher Weise verhalten, besagt nicht, daß das wettbewerbsrechtliche Streben damit beseitigt ist. Vielmehr ist gegen das einzelwirtschaftliche Handeln der Mitglieder in der vierten Gruppe nichts einzuwenden. Daß alle in gleicher Weise von der günstigsten Stelle ihre Waren beziehen, ist untereinander kein wettbewerbswidriges Gleichverhalten ¹¹⁰⁾, sondern das von jedem Wettbewerb erstrebte Ziel. Die Auslesefunktion des Wettbewerbs soll dafür sorgen, daß das günstigste Unternehmen die meisten Geschäftsabschlüsse tätigt. Autoren, die darin ein wettbewerbswidriges Gleichverhalten erblicken, verkennen die Funktion des Wettbewerbs.

Die Tatsache, daß nur in der dritten, nicht aber in der vierten Fallgruppe die Vertragsbeteiligten gebunden sind, ist eine Unterscheidung, die sich auf Grund der Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie nicht ergibt ¹¹¹⁾. Wie verhängnisvoll es ist, wenn beide

das Gleichverhalten der Mitglieder als wettbewerbsbeschränkend an, zu der dann noch die materielle Wettbewerbsbeschränkung in Form der Beeinträchtigung Dritter hinzukommen muß.

110) So aber Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 59; richtig Steindorff, Sind Handelsgenossenschaften Kartelle?, S. 58 f.

111) Nach der Gegenstands- und Folgetheorie werden beide Fälle im allgemeinen als gleich angesehen, die Zwecktheorie kann die beiden Fälle zwar unterschiedlich behandeln, aber nur dann, wenn unterschiedliche subjektive Vorstellungen der Vertragspartner vorliegen.

Fallgruppen nicht unterschieden werden, zeigt sich daran, daß ein Teil der Literatur die jüngsten Rechtsprechungsentscheidungen ¹¹²⁾ unmittelbar auf Einkaufsgenossenschaften anwenden will ¹¹³⁾. Diese Rechtsprechung befaßte sich mit Verkaufsgemeinschaften und Preismeldestellen, die für unzulässig angesehen wurden. Es besteht die Vorstellung, die Ergebnisse der Rechtsprechung hätten unmittelbare Auswirkungen für die Einkaufsgenossenschaften. Sandrock und Emmerich-Gansweid ¹¹⁴⁾ gehen davon aus, daß beide Fälle identisch sind. Das ist aber unrichtig. Die Rechtsprechung hatte sich mit Fällen zu befassen, die in die dritte Gruppe gehören, Einkaufsgemeinschaften fallen dagegen unter die vierte Gruppe. Aus den in der Rechtsprechung entschiedenen Fällen ist für die Beurteilung der Einkaufsgenossenschaften unmittelbar nichts zu entnehmen. Im folgenden Abschnitt sollen die jüngsten Rechtsprechungsentscheidungen, die allgemein unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie herangezogen werden, speziell unter dem hier vertretenen Einteilungsschema behandelt werden.

112) Vgl. oben S. 70 ff.

113) Eine Übersicht über die im Zusammenhang mit der ZVN-Entscheidung ergangene Literatur findet sich bei Warzecha BB 1978, S. 1242 ff.

114) Emmerich-Gansweid JuS 1976, 436; Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 31.

cc. Die neuere Rechtsprechung im Hinblick auf
die Fallgruppen

Bei den neueren im Zusammenhang mit der Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie erwähnten Rechtsprechungsentscheidungen ¹¹⁵⁾ wurde eine Abgrenzung zwischen den Theorien nicht vorgenommen. Deshalb wird teilweise versucht, diese Entscheidungen in Richtung Folgetheorie auszulegen, während die überwiegende Ansicht eine Bestätigung der Zwecktheorie sehen will ¹¹⁶⁾. Die Tatsache, daß in diesen Entscheidungen auf den vorne abgehandelten Theorienstreit zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie nicht eingegangen wurde, läßt mit der hier vertretenen Ansicht ohne weiteres die Folgerung zu, daß es auf diesen Theorienstreit gar nicht so entscheidend ankommt. Wichtiger ist die Auslegung des Begriffes der Wettbewerbsbeschränkung unter dem Gesichtspunkt des hier zugrundeliegenden Einteilungsschemas.

Bei den schon vorne erwähnten Rechtsprechungsentscheidungen handelt es sich um folgende Fälle:

1. Im Jahre 1975 wurde ein Vertriebsgesellschaftsvertrag ohne Andienungspflicht für unwirksam erklärt. Die Mitglieder einer Absatzgenossenschaft waren mehrere Zementhersteller ¹¹⁷⁾. Diese Situation ist ein typischer Fall der dritten Gruppe. Bedingt

115) Vgl. oben S. 70 ff.

116) Ausführlich dazu bei Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 13 f.

117) WRP 1975, 665 ff. = NJW 1975, 1837 ff.

durch die gesellschaftliche Verpflichtung der Mitglieder, verbunden durch ihre oligopolistische Interdependenz bestand für das einzelne Unternehmen keine Möglichkeit, unter Umgehung der Verkaufsgesellschaft selbst am Markt tätig zu werden. Es lag ein eindeutiger Fall vor, in dem das selbständige Streben der am Vertrag Beteiligten faktisch eingeschränkt wurde. Da das Schutzgut des dynamischen Wettbewerbsbegriffs beeinträchtigt war, mußte eine Wettbewerbsbeschränkung unter Zugrundelegung des herrschenden Wettbewerbsbegriffes bejaht werden.

2. Ebenfalls im Jahre 1975 wurde ein Vertrag über ein Marktinformationsverfahren der Aluminium-Halbzeugindustrie für unwirksam erklärt ¹¹⁸⁾. Darin hatten mehrere Hersteller vereinbart, die Preise und abgesetzten Mengen einer Informationsstelle mitzuteilen, von der die anderen Mitglieder die Daten erfahren konnten.

Auch dieser Fall ist durch einen Zwang zum faktischen Gleichverhalten gekennzeichnet. Jeder Beteiligte teilte die Preise nur deshalb mit, um sie seinerseits von den anderen zu erfahren. Jeder von ihnen mußte die gleichen Preise wie die anderen verlangen. Teurere Preise konnte er in Anbetracht der aufgedeckten Konkurrenzbeziehungen nicht verlangen, billigere ebenfalls nicht, weil die anderen Vertragsbeteiligten dann nachziehen und den von ihm erstrebten Umsatzvorteil zunichte machen würden. Faktisch war jeder Vertragspartner verpflichtet,

118) NJW 1975, 788 = BB 1975, 342 = WuW/E BGH 1337.

seine Preise anzugleichen, er konnte sich nur in einer bestimmten Weise verhalten. Damit war sein eigenes wettbewerbsrechtliches Streben eingeschränkt. Dieser Fall fällt deshalb unter die dritte Gruppe. Auch die sonstigen Rechtsprechungsentscheidungen ¹¹⁹⁾ befaßten sich mit Marktinformationsverfahren, so daß auf sie nicht näher eingegangen werden muß.

Bei allen Gerichtsentscheidungen bestand zwischen den Vertragspartnern eine oligopolistische Interdependenz, durch die das wettbewerbswidrige Gleichverhalten verursacht wurde. Bei den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen waren die Vertragspartner faktisch gebunden, der Wettbewerb untereinander war eingeschränkt. Bei Einkaufsgemeinschaften liegt diese Situation nicht vor. Die allein zugrunde gelegte Unterscheidung zwischen Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie führt zu den fehlerhaften Vorstellungen, jedes Gleichverhalten als wettbewerbswidrig anzusehen. In Wirklichkeit ist es so, daß nur das Gleichverhalten der dritten Gruppe nach dem herrschenden dynamischen Wettbewerbsbegriff eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, weil das selbständige Streben der am Vertrag Beteiligten eingeschränkt wird. Das Gleichverhalten in der vierten Gruppe ist dagegen nicht als wettbewerbsbeschränkend anzusehen. Die Wettbewerbsbeschränkung kann hier nur in dem Entstehen von Marktmacht gesehen werden.

119) WuW/E OLG 1327 ff. = BB 1973, 303 f.;
WuW/E OLG 1253 ff. = BB 1972, 1242 ff. = DB 1972,
1381 ff. = JuS 1973, 249 f.

dd. Die rechtliche Beurteilung der auftretenden Marktmacht

Die Wettbewerbsbeschränkung bei der vierten Gruppe kann allein darin liegen, daß infolge des Vertrages Dritte durch Marktmacht beeinträchtigt werden.

Grundsätzlich muß eine Unterscheidung getroffen werden, ob die Wettbewerbsbeschränkung in dem Gleichverhalten der Genossen oder allein in der auf Kooperation beruhenden Marktmacht erblickt wird. Zwischen beiden Aussagen besteht keine Identität: Eine kleine Genossenschaft kann keine Marktmacht ausüben, wohl aber kann ein Gleichbezug der Genossen vorliegen; umgekehrt kann eine große Genossenschaft Marktmacht ausüben, ohne daß die Genossen alles über sie beziehen.

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der kooperativen Marktmacht ist umstritten. Notwendig war es, die umfangreichen Ausführungen zum Begriff des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung zu machen. Gezeigt wurde, daß sich mit der dynamischen Wettbewerbsdefinition allein keine Antwort auf das Problem geben läßt, weil Gegenstand dieser Theorie nur die auf Konzentration beruhende Marktmacht ist ¹²⁰⁾. Das erklärt, warum Autoren, die auf demselben Wettbewerbsbegriff aufbauen, zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Eine allgemeingültige Aussage, ob durch das Zusammenwirken das wettbewerbsrechtliche Streben Außenstehender verstärkt oder eingeschränkt wird, ist nicht möglich.

120) Vgl. oben S. 126 ff.

Nach dem zweiten dem GWB zugrundeliegenden Prinzip, dem der Vermeidung von Marktmacht, ist dieser Fall aber eindeutig zu beurteilen. Die Entstehung einer größeren Marktmacht, die auf Kooperation und nicht auf Unternehmenswachstum beruht, stellt den typischen Fall einer Wettbewerbsbeschränkung dar. Marktmacht kooperativer Gemeinschaftsunternehmen fällt daher unter § 1 GWB.

es. Das Ausmaß der erforderlichen Marktmacht

Soweit Marktmacht als wettbewerbsbeschränkend angesehen wird, besteht im Anschluß an Lukes ¹²¹⁾ die Vorstellung, daß diese bereits dann wettbewerbsbeschränkend ist, wenn sie die Marktgegensseite zu anderen als den üblichen Bedingungen zwingen kann. Diese Vorstellung führt dazu, daß alle Genossenschaften, die aus ihrem unbedeutenden Anfangsstadium herausgetreten sind und eine gewisse Marktmacht ausüben, als Kartelle angesehen werden ¹²²⁾.

Wie später dargelegt wird, ist dieses Ergebnis nicht richtig; der wettbewerbsbeschränkende Charakter der Marktmacht tritt erst zu einem viel späteren Zeitpunkt ein.

121) Der Kartellvertrag, S. 123 ff.

122) Vgl. Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 4.

ff. Beurteilung des Ergebnisses

Die Ansicht, Marktmacht eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens als wettbewerbsbeschränkend anzusehen, wird im Ergebnis allen Marktbeteiligten gerecht.

Die gegenteilige Auffassung führt dazu, als schützenswertes Rechtsgut allein die wirtschaftliche Freiheit der am Vertrag Beteiligten anzusehen ¹²³⁾. Der Schutz Außenstehender würde nicht angestrebt. Es kann aber nicht Aufgabe eines Gesetzes sein, nur diejenigen vor sich selbst zu schützen, die gar nicht "geschützt" werden wollen und die selbst die Ursache für die Wettbewerbsbeschränkung gesetzt haben. In entscheidendem Umfang muß deshalb der Schutz Dritter als Selbstzweck zugrunde gelegt werden. Die sie beeinträchtigende Marktmacht kann nicht unberücksichtigt bleiben.

Die gegenteilige Ansicht, die auf Kooperation beruhende Marktmacht nicht als Fall der Wettbewerbsbeschränkung ansehen will, führt zu erheblichen Gesetzeslücken:

Der Zusammenschluß zu einem Gemeinschaftsunternehmen ist gemäß § 24 GWB zu verbieten, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung entsteht. Der Zweck dieser Vorschrift besteht in der Verhinderung einer unerwünschten Marktmacht.

123) Vgl. Säcker, Archiv für öffentliche und freige-meinnützige Unternehmen, Bd. 9, S. 198; Knöpfle, Der Rechtsbegriff Wettbewerb, S. 155 f.

Vertritt man mit der herrschenden Meinung die Ansicht, daß kooperative Gemeinschaftsunternehmen nicht unter die §§ 22 ff. GWB fallen ¹²⁴⁾, so entstünde das widersinnige Ergebnis, daß solche Gemeinschaftsunternehmen - obwohl gesamtwirtschaftlich schädlicher ¹²⁵⁾ - unbegrenzt zulässig wären:

§ 23 GWB könnte auf sie keine Anwendung finden, weil es sich lediglich um einen Fall der Kooperation handelt; § 1 GWB würde mangels rechtlicher und tatsächlicher Verpflichtung auch nicht zur Anwendung kommen; es wäre die ideale Möglichkeit eröffnet, unbegrenzte Wirtschaftsmacht unter Umgehung des GWB zu erzielen.

Diese Lücken können nur zum Teil vermieden werden, wenn auch kooperative Gemeinschaftsunternehmen den §§ 22 ff. GWB unterstellt werden ¹²⁶⁾. Die Gründung eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens, das auf dem Einkaufssektor eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, könnte dann zwar gemäß § 24 GWB untersagt werden, um die vorgelagerte Marktstufe vor der komprimierten Nachfragemacht zu schützen. Solange Nachfragemacht aber generell von § 1 GWB freigestellt ist, bietet sich den beteiligten Unternehmen als rechtliche Ausweichmöglichkeit die Kooperation des Einkaufs ohne Gründung eines neuen Gemeinschaftsunternehmens. Der Einkauf könnte einem ge-

124) Vgl. oben S. 22 ff.

125) Vgl. oben S. 25 ff.

126) Vgl. oben S. 22 Fn. 20.

meinsamen Beauftragten oder Vertreter übertragen werden. Dieser könnte infolge der hinter ihm stehenden Nachfragemacht dieselben Bedingungen aushandeln wie das Gemeinschaftsunternehmen. Obwohl die Wirkungen gleich sind, wäre eine derartige Kooperation nach der restriktiven Auslegung des GWB zulässig. Eine Untersagung nach § 24 GWB scheidet aus, weil kein Gemeinschaftsunternehmen gegründet wurde. Würde diese Nachfragemacht auch nicht unter § 1 GWB fallen, so wäre damit die Möglichkeit eröffnet, unbegrenzte Wirtschaftsmacht unter Umgehung des GWB zu erzielen, ein in Anbetracht des § 24 GWB unvertretbares Ergebnis. Das zeigt, daß Nachfragemacht bei § 1 GWB nicht außer Betracht bleiben darf.

Es besteht deshalb kein Grund, Marktmacht, die im Rahmen der §§ 22 ff. GWB als wettbewerbsbeschränkend angesehen wird ¹²⁷⁾, bei § 1 GWB anders zu definieren; vielmehr stellt sie auch im Rahmen dieser Vorschrift eine Form der Wettbewerbsbeschränkung dar. Bezüglich der Größenordnung kann sie sich aber nicht auf die Privilegierung der §§ 22 ff. GWB berufen.

127) Vgl. § 24 Abs. 7 GWB.

IV. Die Wirkungsweise von Einkaufsgenossenschaften und ihre rechtliche Beurteilung

Nach der abstrakten Behandlung der Wettbewerbsbeschränkung kann speziell für Genossenschaften erörtert werden, wann der Gründungsvertrag als unzulässiger Kartellvertrag unter die Verbotsvorschrift des § 1 GWB fällt. Die hierfür erforderlichen Ausführungen sind im wesentlichen Folgerungen aus dem zuvor Behandelten.

Während im allgemeinen eine Unterteilung der Genossenschaften in zwei große Gruppen vorgenommen wird ¹⁾, solche, die den Mitgliedern wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen auferlegen, und solche, die es nicht tun, lassen sich nach dem hier vorzunehmenden Einteilungsschema die Genossenschaften in drei Gruppen unterteilen:

1. Genossenschaften, die den Mitgliedern wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen auferlegen;
2. Genossenschaften, deren Mitglieder auf Grund von oligopolistischer Interdependenz faktisch nicht anders handeln können;
3. sonstige Genossenschaften.

1. Genossenschaftsverträge mit wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen

Typische Genossenschaftsverträge dieser Art bestehen in der Verpflichtung der Mitglieder, die von ihnen

1) Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 1 f.

benötigten Waren ganz oder zum Teil über die Genossenschaft zu beziehen. Die fast einhellige Meinung bejaht in diesem Fall das Vorliegen eines Kartellvertrages ²⁾. Auch die Vertreter der Gegenstandstheorie mit ihrem eingeschränkten Wettbewerbsbegriff sehen dies in der Regel als eindeutigen Fall einer Wettbewerbsbeschränkung an, da die Genossen der rechtlichen Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten unterliegen. Der Gegenstand des Vertrages enthält hier schon die Wettbewerbsbeschränkung ³⁾.

Die genossenschaftliche Verpflichtung muß sich nicht auf den Gemeinschaftsbezug erstrecken; hierbei handelt es sich nur um die häufigsten Fälle ⁴⁾. Ausreichend ist, daß die Genossen nach der Satzung verpflichtet sind, von irgendeiner wettbewerbswirksamen Variablen keinen Gebrauch zu machen oder diese nur in bestimmter Weise einzusetzen. Die rechtlichen Verpflichtungen, nur zu einem bestimmten Preis zu verkaufen, die Tätigkeit nur auf bestimmte räumliche Märkte zu erstrecken oder nur bestimmte Mengen auf

-
- 2) Dies gilt nach Ansicht des Bundeskartellamtes auch für die Verpflichtung, bestimmte Mindestmengen abzunehmen (Bericht des BKartA 1962, BT-Drucksache IV/1220, S. 29 und 1965, BT-Drucksache V/530, S. 32). A.A. Beuthien DB 1978, 1679 f. und Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, S. 176, die es für wettbewerbsverzerrend halten, wenn der Genossenschaft das untersagt wird, was sonstigen Großhändlern erlaubt ist.
- 3) In neuerer Zeit umstritten ist, ob durch die Sortimentspolitik der Genossenschaft ein faktischer Bezugszwang ausgeübt wird. In diese Richtung tendiert das Gutachten der Monopolkommission 1977, Tz. 123. Dagegen mit Recht Meier ZgGW Bd. 28 (1978), 251 ff. (254 f.).
- 4) Eine umfassende Zusammenstellung über die Möglichkeiten der Mitgliederbindung findet sich bei Feuerborn, Die statutarische Mitgliederbindung aus genossenschaftlicher Sicht, S. 25 ff.

den Markt zu bringen, erfüllen in gleicher Weise die Voraussetzungen des § 1 GWB.

Ebenfalls hierher gehören die Fälle, in denen die Mitglieder verpflichtet sind, der Genossenschaft keine Konkurrenz zu machen. Auch in diesem Fall besteht eine rechtliche Verpflichtung, die eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Daß speziell der letzte Fall gleichwohl wegen § 68 Abs. 1 GenG zulässig ist, wenn das Wettbewerbsverbot eine funktionsnotwendige Voraussetzung für die Gemeinschaft darstellt, ist eine schon erwähnte Frage ⁵⁾, die an dieser Stelle nicht weiter interessiert.

Weiterhin werden teilweise auch solche Verträge für unwirksam angesehen, die auf die Genossen mittelbaren Zwang ausüben. In diesen Bereich fallen Vertragsbestimmungen, nach denen die Genossen verpflichtet sind, bei Nichtbenutzung einer gemeinsamen Bezugs- oder Vertriebsstelle Ausgleichszahlungen zu leisten, deren Höhe umgekehrt proportional zur tatsächlichen Inanspruchnahme ist ⁶⁾. Ebenfalls hierher gehört der Fall, daß Obliegenheitsverletzungen mit dem Verlust vertraglicher oder mitgliedschaftlicher Vergünstigungen beantwortet werden ⁷⁾. In dieselbe Kategorie werden teilweise auch langfristige Lieferverträge eingeordnet, die die Kapazität der Mitglieder weitgehend auslasten ⁸⁾.

5) Vgl. oben S. 41 ff.; ausführlich dazu Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 60 ff.

6) Müller-Gries-Giessler, 3. Aufl., § 1 Rdn. 68.

7) Beuthien, Festschrift für Gunther Hartmann, S. 57 f.

8) Halbey a.a.O.

Lediglich eine frühere, heute kaum noch vertretene Ansicht wollte auch die Fälle einer Rechtsverpflichtung für zulässig erachten, da eine derartige Genossenschaft als gegengewichtiges Gebilde den Wettbewerb fördert. Sie wollten die Wettbewerbsbeschränkung gegen die Wettbewerbsförderung abwägen ⁹⁾. Das ist aber nicht möglich, da die Wettbewerbsförderung durch Gegenmacht nur eine Ausnahme nach § 5 b GWB rechtfertigt. Es wäre zu unbestimmt, diese im Rahmen des § 1 GWB zu berücksichtigen. Dem kleinen Hersteller gegenüber wäre eine Einkaufsgenossenschaft ein wettbewerbsbeschränkender Machtfaktor, dem großen Anbieter gegenüber ein wettbewerbsfördernder Gegenmachtfaktor. Derartig fließende Kriterien können im Rahmen des § 1 GWB keine Berücksichtigung finden.

Während die Behandlung der Genossenschaftsverträge mit wettbewerbsbeschränkender Verpflichtung geklärt ist, ist die Beurteilung der Verträge ohne rechtliche Verpflichtung umstritten. Abhängig ist sie von den zugrundeliegenden Definitionen der Wettbewerbsbeschränkung.

2. Einkaufsgenossenschaften auf oligopolistischer Interdependenz

Dieser bei der heutigen Marktlage selten existierende Fall kann vorkommen, wenn mehrere Unternehmen auf

9) Vgl. oben S. 9 Fn. 3.

ein bestimmtes Gut angewiesen sind, das in nur sehr geringer Menge vorhanden ist. Im Wirtschaftskampf würde jeder versuchen, durch Bieten eines hohen Preises möglichst viel des begehrten Gutes zu erwerben. Dieses wettbewerbsrechtliche Streben wird beseitigt, wenn die Nachfrager zum Bezug der Ware eine für sie tätige Einkaufsgenossenschaft gründen. Das wettbewerbsrechtliche Streben, durch Bieten eines höheren Preises von der knappen Ware mehr zu erhalten als die anderen, wäre zu Lasten des Anbieters beseitigt. Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß der Anbieter zuvor überhöhte Gewinne vereinnahmt hat, die jetzt auf ein normales Maß zurückgeführt werden. Daß diese Einkaufsgenossenschaft sich aus Gründen der Gegenmacht positiv auswirkt, ist bei § 1 GWB nicht zu berücksichtigen, da die Wettbewerbsförderung durch Gegenmacht nicht im Rahmen des § 1 GWB, sondern nur im Rahmen des § 5 b GWB Berücksichtigung finden kann ¹⁰⁾.

Der hier dargestellte Fall besteht in einer Wettbewerbsbeschränkung, die auf der oligopolistischen Interdependenz der Vertragspartner beruht. Jeder bezieht nur deshalb die begehrte Ware über die Genossenschaft, weil sich der andere seinerseits dazu bereit erklärt.

Dies ist die analoge Situation zu den jüngsten Fällen, die von der Rechtsprechung entschieden wurden ¹¹⁾. Während dort auf oligopolistischer Interdependenz beruhende Verkaufsgemeinschaften für unwirksam er-

10) Vgl. oben S. 121.

11) Vgl. oben S. 70 ff. Fn. 27 ff.

klärt wurden, liegt hier der entsprechende Fall auf der Einkaufsseite vor. Insoweit ist es gerechtfertigt, die Ergebnisse dieser Rechtsprechung auf Einkaufsgenossenschaften zu übertragen.

Nicht richtig ist es aber, die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle analog auf *a l l e* Einkaufsgenossenschaften anzuwenden. Fast alle Erörterungen, die sich heute mit dieser Rechtsprechung befassen, gehen davon aus, daß sie schwerwiegende Konsequenzen für die Einkaufsgenossenschaften mit sich bringt ¹²⁾. Die irrtümliche Korrelation, die insoweit zwischen beiden Fällen vorgenommen wird, beruht darauf, daß man allein von der nicht hinreichend differenzierenden Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie ausgeht.

Nach hier vertretener Ansicht ist die Fallgruppe der oligopolistischen Interdependenz ein gesonderter Fall, der dadurch gekennzeichnet ist, daß die Beteiligten sich faktisch in einer bestimmten Weise verhalten müssen. Das bedingt schon nach der dynamischen Theorie eine Wettbewerbsbeschränkung, da der Wettbewerb untereinander eingeschränkt ist. Während die herrschende Meinung Ausführungen darüber macht, ob dieser Fall mit der Gegenstands-, Zweck- oder Folgetheorie zu lösen ist und dabei teilweise die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten zu berücksichtigen sind, liegt nach hier vertretener Ansicht eindeutig ein Fall der Wettbewerbsbeschränkung vor, weil die Beteiligten faktisch nicht anders handeln können.

12) Vgl. oben S. 145 f.

3. Die sonstigen Einkaufsgenossenschaften

Im Gegensatz zu den beiden bisher behandelten Genossenschaftsarten sind die sonstigen Einkaufsgenossenschaften dadurch gekennzeichnet, daß bei großer Mitgliederzahl keine wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen der Mitglieder vorgesehen sind. Wenn man von den auf oligopolistischer Interdependenz beruhenden Einkaufsgenossenschaften absieht, sind diese Genossenschaften der eigentliche Anlaß umstrittener Beurteilung. Im Gegensatz zu der zuvor behandelten Einkaufsgenossenschaft sind ihre Mitglieder **f a k t i s c h n i c h t** eingeschränkt. Sie können die Waren beziehen, von wem sie wollen, ohne mit Reaktionen der anderen Mitglieder rechnen zu müssen.

Die Vertreter der Folgetheorie gehen oft davon aus, daß das Gleichverhalten der Genossen eine Wettbewerbsbeschränkung sei (a). Richtigerweise ist diese aber nur in der dadurch bedingten Nachfragemacht zu sehen (b). Problematisch ist, ab wann Marktmacht wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat (c).

a. Genossenschaftliches Gleichverhalten als Wettbewerbsbeschränkung

Zum Teil wird in dem Gleichverhalten der Genossen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB gesehen ¹³⁾. Es wurde bereits darauf hingewiesen,

13) Vgl. oben S. 144 f.

daß dies nicht richtig ist. Wenn die Genossen die Waren deshalb über die Genossenschaft beziehen, weil sie auf diesem Wege am günstigsten zu erwerben sind, ist dies kein wettbewerbswidriges Gleichverhalten, sondern das von jedem Wettbewerb angestrebte Ziel.

Auch soweit die Genossenschaft nicht das günstigste Angebot offeriert, kann in dem Gleichbezug kein wettbewerbswidriges Gleichverhalten erblickt werden. Eine Genossenschaft kann nicht verpflichtet sein, stets günstiger anzubieten als andere Großhändler. Ein Kartellvertrag kann nicht dadurch entstehen, daß ein Teil der Mitglieder die Waren von einer Stelle mit ungünstigerem Angebot bezieht.

Zudem werden die Genossen auf Dauer nicht bereit sein, bei einem Bezug über die Genossenschaft mehr zu zahlen als beim Bezug von dritter Stelle. Der Mensch handelt als "Homo oeconomicus", der bestrebt ist, die Waren möglichst günstig zu erwerben. Soweit die Genossen in der Realität fast alles über die Genossenschaft beziehen, liegt das daran, daß sie nicht die Möglichkeit haben, die Waren von anderer Stelle günstiger zu erhalten ¹⁴⁾.

14) Darauf, daß heute ein Bezug aus reiner Genossenschaftstreue unwahrscheinlich ist, verweisen auch Paulick ZHR 136 (1972), 312 und Meier ZHR 142 (1978), S. 141 f. Diese Ansicht stimmt mit dem Ergebnis der sog. Konflikttheorie überein. Diese Theorie ist der Ansicht, daß die Mitglieder bei situationsbedingtem Auseinanderfallen von Eigen- und Kollektivinteresse im Eigeninteresse handeln. Bekanntester Vertreter dieser Theorie ist Eschenburg, Ökonomische Theorie und Praxis der Kooperation, 1972, S. 55 ff. Diese Ansicht findet sich auch in einer Reihe anderer Arbeiten:

Ein Gleichverhalten ist daher nur dann wettbewerbsbeschränkend, wenn es auf rechtlichem oder faktischem Zwang beruht, Voraussetzungen, die bei Einkaufsgenossenschaften nicht vorliegen. Die Wettbewerbsbeschränkung der Einkaufsgenossenschaften kann allein in dem Entstehen von Marktmacht gesehen werden.

b. Kartelleigenschaft wegen auftretender Marktmacht

Das Ergebnis, daß Marktmacht eine Form der Wettbewerbsbeschränkung ist, läßt sich nicht aus der Folgetheorie herleiten; diese besagt nur, daß das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerbsbeschränkung" objektiv auszulegen ist ¹⁵⁾. Auch der fast ausschließlich zugrunde gelegte dynamische Wettbewerbsbegriff führt nicht zu eindeutigen Ergebnissen. Deshalb werden beide Meinungen vertreten ¹⁶⁾. Nach dem dem GWB auch zugrundeliegenden statischen Wettbewerbsbegriff stellt die Marktmacht eines kooperativen Gemeinschaftsunternehmens dagegen einen eindeutigen Fall der Wettbewerbsbeschränkung dar. Die von Genossenschaften ausgeübte Nachfragemacht ist daher von § 1 GWB nicht befreit.

Preuss, Mitgliederinteressen und Wachstum der Genossenschaften; Klemann, Das Management in Genossenschaften des Lebensmitteleinzelhandels; Walther, Finanzierung und Wachstum von Genossenschaftsbetrieben. Zur Kritik vgl. Neumann ZgGW Bd. 23 (1973), 46 ff.

15) Vgl. oben S. 63 ff., 95 ff.

16) Vgl. oben S. 128 ff.

c. Das erforderliche Ausmaß der Marktmacht

Marktmacht wird allgemein dann als wettbewerbsbeschränkend angesehen, wenn sie in der Lage ist, die vor- oder nachgelagerte Marktstufe zu anderen als den üblichen Bedingungen zu veranlassen ¹⁷⁾. Die Schwelle, bei der Einkaufsgenossenschaften Kartellcharakter erreichen, ist dadurch sehr niedrig angesetzt ¹⁸⁾. Genossenschaften, die für ihre Mitglieder günstigere Bedingungen erzielen, als diese im Einzeleinkauf realisieren können, wären danach stets unzulässige Kartelle; jede Genossenschaft, die aus ihrem unbedeutenden Gründungsstadium herausgetreten ist, würde Kartellcharakter annehmen ¹⁹⁾.

Diese Meinung ist abzulehnen, weil sich ein gewisser Mindestumfang schon aus dem Tatbestandsmerkmal "durch Beeinflussung der Marktverhältnisse" ergibt, vor allem aber, weil dadurch durchaus wettbewerbsfördernde Institutionen unter das Verbotprinzip fallen ²⁰⁾. Diese fehlerhafte Vorstellung beruht darauf, daß die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Marktmacht allein aus der Folgetheorie hergeleitet werden. Diese Theorie beantwortet aber nicht einmal die Frage, ob Marktmacht überhaupt eine Form der Wettbewerbsbeschränkung darstellt, erst recht nicht, ab welchem Umfang sie gefährlich wird.

17) So zuerst Lukes, Der Kartellvertrag, S. 123 ff.; vgl. auch Beuthien DB 1977, Beilage 5/77, S. 4 Fn. 50.

18) Vgl. die Ausführungen bei Beuthien a.a.O. S. 3 f.

19) Beuthien a.a.O.

20) Ausführlich dazu in den folgenden Abschnitten.

Richtigerweise ist darauf abzustellen, ob die Existenz der Genossenschaft nur zu einer Verlagerung oder zu einer Steigerung der Nachfragemacht führt. Da die Genossenschaft in die vorgelagerte Marktstufe eindringt, übt sie in der Regel keinen zusätzlichen Nachfragedruck auf den Hersteller aus. Der Druck auf ihn wird nicht gesteigert, sondern nur aufgliedert ²¹⁾, weil die Einzelhändler zuvor von anderen Großhändlern ihre Waren bezogen haben. Die in die vorgelagerte Marktstufe eindringende Genossenschaft, die eine gewisse Marktmacht ausübt und Produkte billiger beziehen kann, als es die Einzelhändler könnten, wird deshalb noch kein Kartell. Vielmehr wirkt sie im allgemeinen trotz auftretender Marktmacht noch wettbewerbsfördernd. Die wettbewerbsfördernden Wirkungen treten sowohl auf der Hersteller-, Großhandels- wie Einzelhandelsstufe auf ²²⁾.

d. Die wettbewerbsfördernden Wirkungen der Einkaufsgenossenschaften

aa. Das Wettbewerbsverhältnis zwischen Hersteller- und Großhandelsstufe

Im Verhältnis zwischen Hersteller- und Großhandelsstufe führt das Auftreten von Marktmacht in Gestalt einer Einkaufsgenossenschaft noch nicht zur Wettbe-

21) Beuthien a.a.O.

22) Beuthien a.a.O.

werbsbeschränkung. Durch die zusätzliche Existenz der Genossenschaft ist der Hersteller keiner verstärkten Nachfragemacht ausgesetzt; vielmehr tritt insoweit nur eine Verlagerung ein, die sich zunächst günstig auswirkt ²³⁾. Durch die Gründung der Genossenschaft erhöht sich die Zahl der auf der Großhandelsstufe tätigen Unternehmen ²⁴⁾. Der Marktzustand verbessert sich, zugleich erhöht sich die Zahl der möglichen Verhaltensalternativen. Da der Hersteller zu einem weiteren Großhändler in geschäftliche Beziehung treten kann, sinkt der Einfluß der bisher bestehenden Großhändler. Der Hersteller ist keiner verstärkten Nachfragemacht ausgeliefert; die schon vorher gegen ihn gerichtete Marktmacht wird nur aufgegliedert, eine für ihn günstige Situation. Dadurch erreicht die auftretende Marktmacht noch keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen.

bb. Das Wettbewerbsverhältnis zwischen Großhandels- und Einzelhandelsstufe

Dieselbe wettbewerbsfördernde Situation besteht auch im Verhältnis zwischen Großhandels- und Einzelhandelsstufe. Durch die erhöhte Zahl der Großhandelsunternehmen ²⁵⁾ steigt die Zahl der Anbieter, was unter dem Gesichtspunkt des Marktzustandes positiv zu beurteilen ist. Es bieten sich auch hier für die Einzel-

23) Beuthien a.a.O.

24) Bieling, Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften, S. 59; Günther MA 1957, 44; Beuthien a.a.O.; Hamm, Genossenschaftsforum 1978, Heft 4, S. 11 ff. (12).

25) Vgl. die vorige Fußnote.

händler erweiterte Bezugsmöglichkeiten, da sie von einem weiteren Großhändler Waren beziehen können ²⁶⁾. Auch in diesem Verhältnis steigt die Zahl der möglichen Verhaltensweisen, was einen wettbewerbsfördernden Zustand bedeutet.

Negativ würde es sich nur auswirken, wenn ein Teil der Einzelhändler rechtlich verpflichtet wäre, von der neu gegründeten Genossenschaft die Waren zu beziehen. Der Marktzustand würde sich dann nicht positiv verändern, da ein ursprünglich einheitlicher Markt in zwei Teilmärkte zerfallen würde; auf dem einen würde die Genossenschaft anbieten, von der ein Teil der Einzelhändler die Waren beziehen muß, auf dem anderen würden die übrigen Unternehmen tätig sein. Auf dem einen Teilmarkt hätte die Genossenschaft ein Monopol, ein wettbewerbsrechtlich unerfreuliches Ergebnis. Der Fall einer mit Bezugsverpflichtung arbeitenden Genossenschaft ist indes eindeutig wettbewerbsbeschränkend und braucht hier nicht mehr weiter behandelt zu werden.

Zerfällt ohne Bezugspflicht der einzelnen Genossen der einheitliche Markt nicht in zwei Teilmärkte, so tritt infolge der Erhöhung der Zahl der Marktteilnehmer eine Verbesserung des Marktzustandes und damit eine Erweiterung der möglichen Verhaltensalternativen ein. Dies bedeutet eine Verbesserung der Wettbewerbssituation sowohl zwischen Hersteller- und Großhandelsstufe als auch zwischen Großhandels- und

26) Hamm in: Genossenschaften, Demokratie und Wettbewerb, 1972, 465 ff. (484).

Einzelhandelsstufe. Die auftretende Marktmacht hat noch keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen.

cc. Das Wettbewerbsverhältnis auf der Großhandelsstufe

Auf dieser Marktstufe verstärkt sich der Wettbewerb zwischen den Großhändlern, weil ein neuer Marktteilnehmer ein neuer Konkurrent ist ²⁷⁾. Bestehende Marktmacht kann in diesem Verhältnis keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, weil sich die Marktmacht nur gegen die Vertragspartner, die vor- oder nachgelagerte Marktstufe richtet. Die Tatsache, daß jemand von einem neuen Konkurrenten gleicher Marktstufe mittelbar beeinträchtigt wird, stellt keine Wettbewerbsbeschränkung dar, sondern wirkt nach allen Theorien wettbewerbsfördernd.

Besonders positiv wirkt sich auf dieser Marktstufe aus, daß der genossenschaftliche Warenpreis niedriger kalkulierbar ist (1) und sich Einkaufsgenossenschaften kaum an wettbewerbsbeschränkenden Absprachen der anderen Großhändler beteiligen können (2).

1. Der von der Genossenschaft den Genossen in Rechnung gestellte Preis einer Ware ist seiner Tendenz nach niedriger als der vergleichbarer Großhandels-

27) Vgl. oben S. 167 Fn. 26 sowie Steindorff, Sind Handelsgenossenschaften Kartelle?, S. 60 f.

unternehmen. Dadurch zwingt sie andere Unternehmen, ebenfalls ihre Preise tendenziell zu senken ²⁸⁾. Der Preiswettbewerb auf der Großhandelsstufe wird so belebt.

Der normalerweise verlangte Marktpreis enthält zwei Komponenten, die bei der genossenschaftlichen Preiskalkulation nicht anfallen, einen Teil des Gewinnaufschlags (a) und den Risikozuschlag (b).

a. Jeder Marktpreis enthält einen Gewinnaufschlag. Mit einem Teil davon werden Erweiterungsinvestitionen durchgeführt, der andere wird regelmäßig für persönliche, außerbetriebliche Ausgaben verwandt. Für beide Zwecke ist der Gewinnaufschlag erforderlich.

Die genossenschaftlichen Preise sind unter diesem Gesichtspunkt niedriger kalkulierbar. Zwar muß auch die Genossenschaft bei ihrer Preiskalkulation einen Gewinnaufschlag berücksichtigen, um Rücklagen zu bilden, die das weitere Wachstum ermöglichen ²⁹⁾; insoweit unterscheidet sich ihre Preispolitik nicht von der anderer Unternehmen. Diese sind darüber hinaus aber bestrebt, zusätzlich Gewinn für private Zwecke

28) Sors, Genossenschaften und Wettbewerb, S. 87.

29) Auch diese Verwendungsart entspricht dem genossenschaftlichen Förderungsprinzip. Mit dem Wesen der Genossenschaft ist es vereinbar, daß ein erwirtschafteter Überschuß zur Bildung von Reserven verwandt oder als Gewinn nach § 19 GenG verteilt wird. Mit Ausnahme der Regelung über die Mindestreserve stellt das GenG keine Regeln auf, wie der Überschuß zu verteilen ist. (Müller, GenG § 19 Rdn. 25).

zu erzielen; ihr betriebswirtschaftliches Ziel ist es, auf Kosten der Einzelhändler so viel Gewinn wie möglich zu erzielen. Das ist der Genossenschaft untersagt; ihr Bestreben darf es nicht sein, an den Genossen zu verdienen ³⁰⁾. Dies folgt aus dem Förderungszweck der Genossenschaften. Ihre Preise dürften daher tendenziell niedriger sein ³¹⁾.

b. Die weitere bei der Preiskalkulation zu berücksichtigende, bei der genossenschaftlichen Kalkulation aber entfallende Komponente ist der sogenannte kalkulatorische Risikozuschlag ³²⁾.

Dahinter steht folgender ökonomischer Sachverhalt: Marktbeziehungen sind stets mit Unsicherheit belastet. Dadurch müssen Unternehmer in dem Preis einen Risikozuschlag einkalkulieren. Die betriebliche Vorsicht verlangt, eher von zu viel Pessimismus auszugehen und deshalb einen höheren Risikozuschlag anzusetzen. Der Marktpreis ist auf Grund der finanziellen Ungewissheit daher regelmäßig höher, als er bei vollständiger Voraussicht wäre. Solange das Risiko sich nicht realisiert, stellt der Risikozuschlag einen besonderen Gewinn dar, der den ohne-

30) Vgl. Müller, GenG § 19 Rdn. 19 sowie Steindorff, Sind Handelsgenossenschaften Kartelle?, S. 32.

31) In diesem Zusammenhang kommt es auf die Rechtsnatur der Warenrückvergütung nicht an. Auch wenn man - entgegen der absolut herrschenden Meinung - mit Fischer NJW 1966, 482, Gleiss-Hotz NJW 1965, 1357, Mahlmann, Genossenschaftsrecht und Wettbewerbsordnung, S. 115 ff. der Meinung ist, daß es sich um eine Verteilung des Bilanzgewinns handelt, ändert das nichts an dem hier allein interessierenden wirtschaftlichen Ergebnis. Entscheidend ist allein, daß durch die Rückvergütung die Preise tendenziell niedriger sein dürften. Zur Kritik an den oben genannten Auffassungen vgl. Paulick ZHR 136 (1972), 315 ff.

32) Vgl. Wöhe, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 893 f.

hin erstrebten Gewinn erhöht 33). Zu einer nachträglichen Rückzahlung des Risikozuschlags sieht sich verständlicherweise kein Unternehmer veranlaßt.

Die genossenschaftliche Preiskalkulation erlaubt es dagegen, den zunächst in Ansatz gebrachten Risikozuschlag zurückzuzahlen. Die von den Einzelhändlern gezahlten Preise sind sogenannte Verrechnungspreise³⁴⁾. Ergibt sich am Ende des Jahres, daß die mit Risikozuschlag angesetzten Preise zu hoch waren und die wirklichen Preise infolge des nicht eingetretenen Risikos niedriger zu bemessen gewesen wären, so kann dies den Genossen in Form der Warenrückvergütung erstattet werden. Da nachträglich vollkommene Übersicht herrscht und deshalb der Risikozuschlag nicht mehr gerechtfertigt ist, sind die Preise nachträglich auf reduziertem Niveau anzusetzen³⁵⁾. Sind die letztlich verlangten Preise niedriger kalkuliert als die vergleichbarer Großhändler, so übt die Genossenschaft einen Preisdruck aus, auf den die anderen Unternehmen reagieren müssen. Auf diese Weise wirkt die Genossenschaft auf der Großhandelsstufe wettbewerbsbelebend.

2. Es kommt ein weiterer Grund hinzu, der zur Belebung des Wettbewerbs auf dieser Marktstufe führt. Besteht - wie häufig - der Großhandel in der Marktform des engen Oligopols, sind regelmäßig Preisab-

33) Wöhe a.a.O. S. 894.

34) Neumann ZgGW Bd. 23 (1973), 46 ff. (56).

35) Neumann a.a.O.

sprachen zu befürchten. Diese wirken zu Lasten der Einzelhändler, die höhere Preise zahlen müssen. Vorteilhaft ist, daß auch eine große Genossenschaft sich an derartigen Absprachen nicht beteiligen kann ³⁶⁾; die Genossen werden eine gegen sie gerichtete Kartellvereinbarung nicht zulassen. Während sonst alle großen Unternehmen zu Preisabsprachen neigen, besteht hier einer der seltenen Ausnahmefälle. Die Genossenschaft als Großhandelsunternehmen muß allein im Interesse des Einzelhandels tätig werden; sie kann keine wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zu Lasten ihrer Mitglieder treffen.

Dadurch können Genossenschaften verhindern, daß andere Großhändler wettbewerbsbeschränkende Absprachen treffen. Großhändler können es sich auf Dauer nicht leisten, überhöhte Preise zu verlangen, wenn ein Konkurrent, der sich an der Absprache nicht beteiligen kann, weiterhin niedrigere Preise verlangt. Bereits getroffene wettbewerbsbeschränkende Absprachen sind im Regelfall zurückzunehmen ³⁷⁾.

Praktische Beispiele dieser Art werden aus den ersten Jahren der Genossenschaftsbewegung aus Schweden berichtet ³⁸⁾. Bedingt durch Eigenproduktion gelang es dort dem genossenschaftlichen Großhandel, bisher be-

36) Fleischmann ZgGW Bd. 22 (1972), 165 f.; vgl. auch Steindorff, Sind Handelsgenossenschaften Kartelle?, S. 44.

37) Sors, Genossenschaften und Wettbewerb, S. 87.

38) Vgl. Ohde ZgGW Bd. 4 (1954), 307 ff. (316); Sors a.a.O. S. 89.

stehende Großhandelsmonopole zu brechen und durch eine Belebung des Wettbewerbs die Preise um mehr als die Hälfte zu reduzieren.

Diese wettbewerbsfördernden Wirkungen bestehen auch bei Genossenschaften, die über nicht unerhebliche Marktmacht verfügen und damit nach Meinung der genannten Autoren ³⁹⁾ schon längst Kartelle sind. Die durch Einkaufsgemeinschaften bewirkte Marktmacht kann in diesem Stadium daher noch nicht als wettbewerbsbeschränkend angesehen werden.

e. Die Grenze zur Wettbewerbsbeschränkung

Der Umschlag der entstehenden Marktmacht zur Wettbewerbsbeschränkung läßt sich nicht an Hand absoluter, sondern nur an Hand relativer Kriterien ermitteln. Auch sehr mächtige Einkaufsgenossenschaften können noch wettbewerbsfördernd wirken. Bestand auf einem bestimmten Markt vor Existenz der Genossenschaft ein Großhandelsmonopol, so existierte auf diesem Markt kein Wettbewerb. Ohne Direktverkauf konnten die Hersteller die Waren nur an einen Großhändler absetzen, die Einzelhändler wiederum mußten von diesem ihre Waren beziehen. Wahlmöglichkeiten standen keine zur Verfügung.

Durch die Gründung einer Einkaufsgenossenschaft erhält dieser Großhändler Konkurrenz, die Marktform verändert sich zum Positiven, gleichzeitig nehmen

39) Vgl. oben S. 99 und 164.

die möglichen Verhaltensalternativen der vor- und nachgelagerten Marktstufe zu. Auch wenn sich die Genossenschaft einen Marktanteil von 30 oder 40% verschafft und damit erhebliche Nachfragemacht ausübt, liegt noch kein wettbewerbsbeschränkender Tatbestand vor⁴⁰⁾.

Eine speziell wettbewerbsgefährliche Nachfragemacht tritt erst ein, wenn sich die Genossenschaft ihrerseits zum marktmächtigsten Handelsunternehmen entwickelt und damit in der Lage ist, Bedingungen auszuhandeln, die über das vergleichbare Maß anderer Unternehmen um einiges hinausgehen. Dann würde der erwähnte⁴¹⁾ kumulative Prozeß dazu führen, daß die Hersteller einseitig in ihre Abhängigkeit geraten und die anderen Großhandelsunternehmen sich auf Dauer gegen die übermächtige Konkurrenz nicht behaupten können. In diesem Stadium erreicht die Nachfragemacht wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen.

Einen Extremfall würde es darstellen, wenn die Genossenschaft durch Ausschaltung der anderen Großhändler die Stellung eines monopolistischen Unternehmens einnimmt. In diesem Fall wäre der Wettbewerb auf der Großhandelsstufe völlig beseitigt, sowohl die Hersteller- wie die Einzelhandelsstufe hätten jede Wahlmöglichkeit verloren. Selbst die Genossen könnten nicht mehr zwischen verschiedenen Großhändlern wählen. Da diese wettbewerbsbeschränkende

40) Vgl. Fleischmann ZgGW Bd. 22 (1972), 163 ff.

41) Vgl. oben S. 141 f.

Nachfragemacht auf einem Vertrag selbständiger Unternehmer beruht, lägen die Voraussetzungen des § 1 GWB vor.

f. Die Beurteilung des Ergebnisses

Die hier vertretene Auffassung unterscheidet sich von einem Großteil der bisherigen Ansichten dadurch, daß sie die Nachfragemacht als eine Form der Wettbewerbsbeschränkung ansieht. Im Gegensatz zu der Ansicht, daß auch unbedeutende Nachfragemacht eine Wettbewerbsbeschränkung ergibt, sieht die hier vertretene Auffassung die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen erst in einem späteren Zeitpunkt. Diese treten erst ein, wenn die Marktmacht so groß wird, daß aus der Verlagerung eine Steigerung des Nachfragedruckes resultiert. Bei Einkaufsgenossenschaften, die in die vorgelagerte Marktstufe eindringen, ist das der Fall, wenn sie zum mächtigsten Unternehmen ihrer Marktstufe werden und damit entscheidend bessere Bedingungen erzielen können als andere Unternehmen. Nur diese Lösung gewährleistet, daß Genossenschaften, die partiell wettbewerbsfördernd wirken, nicht unter das Kartellverbot fallen. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kann man in keinem Fall davon ausgehen, daß sie diese wettbewerbsbeschränkende Nachfragemacht jemals erreichen werden. Die Ansichten, die schon in dem Gründungsvertrag einer Einkaufsgenossenschaft einen Kartellvertrag sehen wollen ⁴²⁾, sind daher abzulehnen.

42) Vgl. insb. Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 59.

Die hier vertretene Ansicht bringt eine große Rechtssicherheit mit sich, da die durch Einkaufsgenossenschaften verursachte Nachfragemacht nicht vor dem Zeitpunkt wettbewerbsbeschränkende Wirkungen annimmt, in dem diese auch den §§ 22 ff. GWB unterfallen würde. Auch dort führt erst eine überragende Markstellung und die damit einhergehende Nachfragemacht zum Einsetzen der Wettbewerbskontrolle. Im Ergebnis bleiben Einkaufsgenossenschaften vom GWB weitgehend unberührt.

g. Wettbewerbsbeschränkung durch Empfehlungen

Sind Einkaufsgenossenschaften ohne Bezugszwang in der Regel zulässig, so ändern daran auch die häufig ausgesprochenen E m p f e h l u n g e n nichts. Wird den Mitgliedern empfohlen, die Waren nur zu bestimmten Preisen zu verkaufen oder nur über die Genossenschaft zu beziehen, so ist das zwar ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, da die Befolgung das selbständige Streben der Mitglieder beeinträchtigt. Solche Empfehlungen sind daher gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 11, 12 GWB in der Regel unzulässig.

Eine Ausnahme gilt jedoch für die Mittelstandsempfehlungen nach § 38 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Diese sind zulässig, wenn sie ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden und dazu dienen, die Leistungsfähigkeit der beteiligten Unternehmen gegenüber Großbetrieben zu fördern. Genossenschaften erfüllen in der Regel diese Voraussetzungen:

Die Betriebe der Genossen fallen regelmäßig in die Kategorie der kleinen oder mittleren Unternehmen.

Zur Ermittlung dieses Begriffes wird teilweise ein relativer Beurteilungsmaßstab verwandt, indem ein Vergleich mit Unternehmen gleicher Marktstufe erfolgt, teilweise werden absolute Kriterien zugrunde gelegt, oftmals werden beide Verfahren miteinander verbunden ⁴³⁾. Da nach absoluten Kriterien Betriebe zwischen 50 und 500 Millionen Mark Umsatz noch als Mittelstandsbetriebe gelten ⁴⁴⁾ und bei Anwendung eines relativen Beurteilungsmaßstabes die Existenz der Filialunternehmen und Kaufhäuser zu berücksichtigen ist ⁴⁵⁾, werden die Betriebe der Genossen nach beiden Verfahren regelmäßig die Stufe zum Großbetrieb nicht überschreiten.

Die Empfehlungen der Genossenschaft dienen auch dem Zweck, die Leistungsfähigkeit der Genossen zu fördern. In Anbetracht des Förderungszweckes, der in § 1 GenG niedergelegt ist, kann davon grundsätzlich ausgegangen werden. Soweit es sich nicht lediglich um preistreibende Empfehlungen handelt, verbessern sie durch die Stärkung der Machtstellung ihrer Mitglieder regelmäßig die Wettbewerbsbedingungen ⁴⁶⁾.

43) Nachweise bei Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 43 f.; vgl. auch Langen-Niederleithinger-Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Aufl., 1977, § 38 Anm. 16.

44) Vgl. Grossfeld-Strümpell a.a.O. S. 44.

45) Ausführlich zu den Größenverhältnissen der Filialunternehmen und Kaufhäuser Pernice / Pröpper WRP 1978, S. 267 ff. (269).

46) Grossfeld-Strümpell a.a.O. S. 42.

Soweit die Genossen auf Grund einer Empfehlung mit einheitlichen Preisen den Kunden gegenüberreten oder bestimmte Waren von der Genossenschaft beziehen, ist das deshalb eine speziell nach § 38 GWB zu beurteilende Frage. Eine Unwirksamkeit des Genossenschaftsvertrages kann sich daraus nicht ergeben. Auch fällt dies nicht als abgestimmtes Verhalten unter § 25 GWB.

V. Die Wirkungsweise von Absatzgenossenschaften und ihre rechtliche Beurteilung

1. Absatzgenossenschaften mit wettbewerbsbeschränkender Verpflichtung

Eindeutig wettbewerbsbeschränkend sind diejenigen Verträge, die den Genossen eine rechtliche Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten auferlegen. Sind sie gezwungen, alles über die Genossenschaft abzusetzen, oder werden sonstige Aktionsparameter wie der Preis oder das räumliche Absatzgebiet gebunden, so stellt dies nach allen heute vertretenen Ansichten ⁴⁷⁾ einen Kartellvertrag dar.

47) Auch die Vertreter der Gegenstandstheorie (vgl. oben S. 3 Fn. 8) sehen hierin einen typischen Fall der Wettbewerbsbeschränkung.

2. Absatzgenossenschaften auf oligopolistischer Interdependenz

Umstritten ist die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Absatzgenossenschaften, die auf der oligopolistischen Interdependenz ihrer Mitglieder beruhen. Die neuere Rechtsprechung ⁴⁸⁾ ist mit Recht dazu übergegangen, solche Absatzgemeinschaften als wettbewerbsbeschränkend anzusehen. Auch ohne rechtliche Verpflichtung sind die Mitglieder infolge der engen Reaktionsverbundenheit faktisch gezwungen, alles über die Gemeinschaft abzusetzen; ihr selbständiges Streben ist damit beseitigt.

Gekennzeichnet ist diese Gruppe dadurch, daß die Absatzgenossenschaft nur wenige Mitglieder hat, von denen jedes über einen größeren Marktanteil verfügt. Jedes Mitglied hat die Absicht, seinen Marktanteil zu Lasten der anderen zu vergrößern; es wäre dazu in der Lage, wenn ihm nicht die Konkurrenz der gleichen Marktstufe gegenüberstünde. Durch die gemeinschaftliche Absatzgenossenschaft wird diesen Bestrebungen vollkommen Einhalt geboten. Die faktische Einschränkung des selbständigen Strebens ergibt eine Wettbewerbsbeschränkung.

3. Sonstige Absatzgenossenschaften

Es verbleiben Absatzgenossenschaften, an denen sich viele Unternehmer beteiligen, die über einen kleinen

48) Vgl. oben S. 70 ff.

Marktanteil verfügen. Diese sind meist nicht in der Lage, ihre Produktion in größerem Umfang auszuweiten und streben dies deshalb nicht an. Bei solchen Absatzgenossenschaften besteht mangels Reaktionsverbundenheit keine oligopolistische Interdependenz. Die Mitglieder der Genossenschaft können sich faktisch anders verhalten, da sie nicht mit Reaktionen der anderen Mitglieder rechnen müssen. Das selbständige Streben, das Ziel des dynamischen Wettbewerbsbegriffes, ist bei ihnen weder rechtlich noch faktisch eingeschränkt.

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung dieser Genossenschaften hängt davon ab, ob sie Funktionen der nachgelagerten Marktstufe wahrnehmen (1) oder sich lediglich darauf beschränken, auf derselben Stufe aufzutreten, auf der zuvor die Genossen tätig waren (2).

1. Dringen Absatzgenossenschaften in die nachgelagerte Marktstufe ein, so sind sie wettbewerbsrechtlich den schon behandelten ⁴⁹⁾ Einkaufsgenossenschaften gleichzustellen. Während die Genossen vorher über andere Verkaufsunternehmen ihre Waren absetzen mußten, wird ihnen jetzt die zusätzliche Möglichkeit zum Absatz über die Genossenschaft geboten. Die Existenz eines weiteren Abnahmeunternehmens ist von der Marktform und der Erweiterung der wettbewerbsrechtlichen Verhaltensalternativen her positiv zu beurteilen. Die in eine neue Marktstufe eindringende Absatzgenossenschaft ist ein Konkurrent für die bisherigen auf dieser Stufe

49) Vgl. oben S. 161 ff.

tätigen Unternehmen; dies bedeutet einen wettbewerbsfördernden Zustand ⁵⁰⁾.

2. Anders verhält es sich aber, wenn die neu gegründete Genossenschaft nur auf derselben Marktstufe auftritt, auf der bisher die Genossen tätig waren. Spezielle wettbewerbsfördernde Wirkungen hat solche Genossenschaft nicht. Die Wettbewerbsförderung einer Genossenschaft besteht darin, daß sie auf der vor- oder nachgelagerten Marktstufe als neuer Konkurrent auftritt. Dadurch erreicht die auftretende Marktmacht noch keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen. Absatzgenossenschaften, die nicht in eine nachgelagerte Stufe eindringen, können diese wettbewerbsfördernden Wirkungen nicht aufweisen.

Die typische Situation in einem solchen Fall besteht darin, daß die Genossen ihre Waren allein über die Genossenschaft absetzen. Ein Einzelverkauf ist für sie nicht lohnend:

Teurer als die Genossenschaft können sie die Waren nicht veräußern, da niemand einen solchen Preis akzeptieren würde. Ein Verkauf zu niedrigeren Preisen ist für sie unrentabel, da sie zu etwa dem gleichen Preis ihre Waren ohne viel Mühe an die Genossenschaft verkaufen können. Sie haben deshalb keine Veranlassung, ihre Waren im Einzelverkauf zu vertreiben. Faktisch werden die vielen Geschäftsbeziehungen durch eine einzige ersetzt.

50) Vgl. im einzelnen die Ausführungen zu den Einkaufsgenossenschaften auf S. 161 ff.

In diese letzte Gruppe gehören regelmäßig die Genossenschaften, deren Mitglieder vorher selbst unmittelbar an den Letztverbraucher verkauft haben, denn die neu gegründete Genossenschaft kann hier selbst nicht in die nachgelagerte Verbraucherstufe eindringen. Die Wirkung einer derartigen Genossenschaft besteht allein darin, daß sie zum Vorteil der ihr angeschlossenen Mitglieder höhere Erlöse erzielt, die durch andere Marktteilnehmer aufzubringen sind.

Eine derartige Situation existiert bei allen Genossenschaften, die sich lediglich damit begnügen, an Stelle der Genossen an die nachgelagerte Großhandelsstufe zu verkaufen. Solche Genossenschaften können als einziges wettbewerbsförderndes Ziel geltend machen, die strukturellen Nachteile der kleinen Genossenschaftsbetriebe auszugleichen, indem sie den Genossen durch ihre Tätigkeit zu höheren Einkommen verhelfen. Diese Wettbewerbsförderung beruht jedoch allein auf dem Gegenmachtprinzip und kann daher nicht im Rahmen des § 1 GWB, sondern nur im Rahmen des § 5 b GWB Berücksichtigung finden.

Absatzgenossenschaften dieser Art sind zum Teil durch spezielle gesetzliche Regelungen gerechtfertigt. Wichtig ist § 100 GWB, der für landwirtschaftliche Genossenschaften Anwendung findet.

D. Spezielle Rechtfertigungsgründe

I. Artikel 3 Grundgesetz

Filialunternehmen und Kaufhäuser können große Nachfragemacht bilden, die niemals unter § 1 GWB fallen kann. Sie können die angeschlossenen Zweigbetriebe zum ausschließlichen Bezug über ihre Organisation verpflichten oder sie anweisen, die Waren nur zu bestimmten Preisen zu verkaufen. Auch Konsumgenossenschaften können unbegrenzte Nachfragemacht ausüben, die nicht unter § 1 GWB fallen kann. Die Einkaufs- und Absatzgenossenschaften werden dagegen in allen diesen Fällen von § 1 GWB "bedroht". Dies könnte gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Artikel 3 GG) verstoßen ¹⁾.

Diese Schlußfolgerung wäre jedoch verfehlt: Der Unterschied der Filialunternehmen und Kaufhäuser zu den Einkaufs- und Absatzgenossenschaften besteht darin, daß es sich bei den zuerst genannten um ein einziges Unternehmen handelt. Die durch ein solches Einzelunternehmen gebildete Nachfragemacht wird vom GWB hingenommen und nur einer Mißbrauchsaufsicht nach den §§ 22 ff. GWB unterstellt. Der Grund liegt in der guten Marktleistung des betreffenden Unternehmens, die honoriert werden muß ²⁾. Zudem ist solche Marktmacht als fortschrittsfreundliche Neue-

1) Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 15 ff.

2) Sandrock a.a.O. S. 17.

rung eine Voraussetzung für den dynamischen Wettbewerbsprozeß. Anders verhält es sich dagegen mit der Marktmacht, die durch Verträge der nach § 1 GWB bezeichneten Art erworben wird. Sobald diese sich gesamtwirtschaftlich schädlich auswirkt ³⁾, ist sie wettbewerbspolitisch unerwünscht und kann dann nur in eng begrenzten Ausnahmefällen legalisiert werden. Ebenso dürfen Filialunternehmen und Kaufhäuser die angeschlossenen Betriebe zum gemeinschaftlichen Bezug über die Organisation oder zu vorgeschriebenen Preisen verpflichten. Es handelt sich hierbei lediglich um innerbetriebliche Anweisungen eines Einzelunternehmens, bei Genossenschaften würden sich aber selbständige Unternehmer zu einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten verpflichten.

Die Freistellung der Konsumgenossenschaften von § 1 GWB folgt schließlich daraus, daß die an ihr beteiligten Genossen nicht Unternehmer, sondern Verbraucher sind. § 1 GWB verbietet nur wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen Unternehmen. Der Grund dafür liegt in der bestehenden strukturellen Benachteiligung der Verbraucher ⁴⁾.

Auch wenn man diese unterschiedliche kartellrechtliche Wertung nicht teilen sollte, so ist sie doch nicht willkürlich; nach übereinstimmender Ansicht verbietet Artikel 3 GG nur willkürliche Ungleichbe-

3) Dies kann im Einzelfall in einem sehr späten Stadium sein, wie insbesondere anhand der Einkaufsgenossenschaften gezeigt wurde.

4) Vgl. oben S. 53.

handlungen ⁵⁾. Diese Grundrechtsbestimmung ist daher nicht verletzt ⁶⁾.

II. § 5 b GWB

Fällt ein Genossenschaftsvertrag unter § 1 GWB, so kann der Vertrag unter den Voraussetzungen des § 5 b GWB gleichwohl Wirksamkeit erlangen.

1. Voraussetzung ist, daß der Genossenschaftsvertrag eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand hat. Eine Rationalisierung ist anzunehmen, wenn sich das Verhältnis zwischen betrieblichem Aufwand und Ertrag verbessert. Der Zweck der Genossenschaft besteht auch darin, den Genossen Aufgaben abzunehmen, die durch die Genossenschaft rationeller durchgeführt werden können.

2. Weitere Voraussetzung des § 5 b GWB ist, daß keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs eintritt. Die Ausnahmenvorschrift des § 5 b GWB ist enger gefaßt als die vergleichbare Vorschrift des § 5 a GWB. Nach dieser ist nur erforderlich, daß ein wesentlicher Wettbewerb bestehenbleibt. Eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung kann aber auch schon vorliegen, wenn ansonsten ein wesentlicher Wettbewerb verbleibt ⁷⁾.

5) Vgl. dazu z.B. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz Art. 3 Abs. 1 Rdn. 331 ff.

6) Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 18.

7) Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 75.

Ob eine Wettbewerbsbeschränkung wesentlich ist, wird an Hand des Marktanteils, der Marktstruktur und des Kräfteverhältnisses der Genossenschaft zu den Markttegegnern ermittelt. Speziell bei wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen kommt es darauf an, welche Wettbewerbsparameter eingeschränkt werden ⁸⁾. Teilweise wird einschränkend die Ansicht vertreten, § 5 b GWB könne nur ganz unbedeutende Absprachen legalisieren ⁹⁾. Diese Meinung wird überwiegend mit Recht abgelehnt, da sie die Wettbewerbsförderung durch Gegenmacht nicht hinreichend berücksichtigt.

Ein Genossenschaftsvertrag, an dem viele kleine Unternehmen beteiligt sind, wird in der Regel nicht zu einer wesentlichen Wettbewerbsbeschränkung führen ¹⁰⁾.

3. Weiterhin muß der Vertrag dazu dienen, die Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu fördern. Die Förderungswirkung tritt regelmäßig durch die Rationalisierung ein ¹¹⁾. Die Betriebe der Genossen werden in der Regel auch in die Kate-

8) Vgl. Grossfeld-Strümpell, Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen, S. 32.

9) Emmerich, Wettbewerbsrecht, S. 75.

10) Dies gilt auch, wenn die Genossenschaft nicht alle Mitglieder aufnimmt, denn die Genossenschaft ist nur verpflichtet, die beteiligten, nicht dagegen eine größtmögliche Anzahl von Einzelhändlern zu fördern. Die Nichtaufnahme bestimmter Einzelhändler ist daher kein Grund, eine Freistellung nach § 5 b GWB zu versagen (Beuthien DB 1978, 1678, 1681).

11) Grossfeld-Strümpell a.a.O. S. 32 f.; ausführlich zum Verhältnis von Rationalisierung und Förderungswirkung Beuthien DB 1978, 1632.

gorie der kleinen und mittleren Unternehmen fallen. Unternehmen mit einem Jahresumsatz von 50 Millionen Mark gehören noch in diesen Bereich ¹²⁾. Teilweise werden hierzu auch noch Größenordnungen bis 250 Millionen Mark Umsatz gerechnet ¹³⁾.

Selbst wenn einzelne Mitglieder diese Größenordnung überschreiten, führt dies nach überwiegender Ansicht nicht zur Unanwendbarkeit des § 5 b GWB. Nach dieser Vorschrift sind nur wettbewerbsbeschränkende Absprachen zwischen Großbetrieben ausgeschlossen. Ihre Beteiligung an Verträgen kleiner und mittlerer Unternehmen ist dagegen zulässig. Hierfür spricht der Wortlaut, der allein darauf abstellt, ob kleine oder mittlere Unternehmen gefördert werden. Erst durch die Beteiligung von Großbetrieben wird dies oftmals möglich ¹⁴⁾.

Nicht dieses Tatbestandsmerkmal erfüllen dagegen die Genossenschaften, deren Mitglieder wenige Oligopolisten sind; sie werden fast immer den Rahmen eines mittelständischen Unternehmens verlassen haben. Auch werden sie regelmäßig zu einer wesentlichen Beschränkung des Wettbewerbs führen. Im allgemeinen erfüllen Genossenschaftsverträge aber die Voraussetzungen des § 5 b GWB. Die für diese Vorschrift erforderliche Förderungswirkung tritt regelmäßig durch die Rationalisierung ein ¹⁵⁾.

12) Bundeswirtschaftsministerium WRP 1975, 290 ff. (291).

13) Ebel NJW 1973, 1577 ff. (1579).

14) BT-Drucksache 7/765, S. 3.

15) Vgl. Dörinkel WuW 1973, 827 ff. (829).

III. § 100 GWB

Ein weiterer Rechtfertigungsgrund existiert für landwirtschaftliche Genossenschaften. Gemäß § 100 GWB findet § 1 GWB keine Anwendung auf Verträge und Beschlüsse von Erzeugerbetrieben, soweit sie den Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder die Benutzung wirtschaftlicher Einrichtungen betreffen. Diese Regelung hat ihren Grund in der besonderen Situation, in der sich die landwirtschaftlichen Betriebe befinden:

1. Die Landwirtschaft ist einer der wenigen Fälle, in denen ein Markt polypolistisch strukturiert ist; ohne Genossenschaft stünde eine große Anzahl bäuerlicher Betriebe wenigen oligopolistischen Abnehmern gegenüber. Infolge der Machtungleichheit müßten die bäuerlichen Betriebe eine noch so geringe Entlohnung ihrer Produkte akzeptieren. Unter Heranziehung der Grundsätze gegengewichtiger Marktmacht führt die Existenz der Genossenschaften zu einer gerechteren Bewertung der landwirtschaftlichen Produkte ¹⁶⁾.

2. Es existiert im landwirtschaftlichen Bereich die Gefahr eines sogenannten inversen Angebots ¹⁷⁾. Jede wettbewerbswirtschaftlich orientierte Marktwirtschaft muß diese Situation vermeiden, da sie die Wirtschaft

16) Westermann in: Genossenschaften und Kartellgesetzentwurf, S. 64 ff.

17) Paulick ZgGW Bd. 3 (1953), 30.

auf bestimmten Teilmärkten nicht in einen Gleichgewichtszustand führt, sondern immer weiter von diesem entfernt. Im ländlichen Bereich besteht häufig die Situation, daß die Erzeuger auf Preissenkungen nicht - wie nötig - mit Produktionseinschränkungen reagieren, sondern mit Produktionsausdehnung, um ihren bisherigen geringen Lebensstandard aufrechtzuerhalten. Das gestiegene Angebot führt zu einem weiteren Preisverfall. Der Markt entfernt sich immer mehr von seinem Gleichgewichtszustand. Das in der gewerblichen Wirtschaft zur Verfügung stehende Mittel der Produktionsumstellung ist dem Landwirt infolge der Bodenverhältnisse, der geographischen Lage, der klimatischen und sonstigen natürlichen Bedingungen nur innerhalb sehr enger Grenzen möglich ¹⁸⁾.

3. Soweit eine Produktionsumstellung möglich ist, wird diese oft von allen Landwirten in gleicher Weise genutzt. Dies führt zu ähnlichen Auswirkungen wie das inverse Angebot. Landwirtschaftliche Güter, die in einem Jahr knapp und daher teuer sind, werden in großem Umfang produziert mit dem Ergebnis, daß für sie im nächsten Jahr nur wenig Gewinn zu erzielen ist. Ursächlich ist die mangelnde Information über die gegenwärtige Produktion und zukünftige Preisentwicklung. Da der Preismechanismus in diesem Bereich kein ausreichendes Koordinierungsinstrument ist, kommt der Genossenschaft als Organisationsinstrument entscheidende Bedeutung zu.

18) Paulick a.a.O.

E. Das Verhältnis des Genossenschaftsrechts zum Wettbewerbsrecht

Eine Abgrenzung zwischen Genossenschafts- und Wettbewerbsrecht ist in den Fällen erforderlich, in denen das Genossenschaftsgesetz ausdrücklich ein Verhalten gestattet, das das GWB verbietet. Gegeneinander abzugrenzen sind deshalb § 68 Abs. 1 GenG und § 1 GWB. Die Vorschrift des Genossenschaftsgesetzes gestattet den Genossen die Auferlegung eines Wettbewerbsverbotes gegenüber der Genossenschaft ¹⁾, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbietet dieses.

Ansonsten erfolgt die kartellrechtliche Beurteilung allein anhand des Wettbewerbsrechts, da es keine spezielle Vorschrift des Genossenschaftsgesetzes gibt, auf die ein wettbewerbsrechtlicher Sonderstatus der Genossenschaften gestützt werden könnte. Nach der hier vertretenen Ansicht wird die grundsätzliche Wirksamkeit der Genossenschaftsverträge dem GenG gerecht, die vereinzelt eintretende Unwirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Verträge dem GWB.

Die Ansichten, die in fast jedem Genossenschaftsvertrag einen Kartellvertrag sehen, müßten konsequenterweise dazu übergehen, das Genossenschaftsrecht mit seinem speziell förderungsrechtlichen Charakter gegen das Kartellverbot abzugrenzen. Das GenG enthält die Garantie für den Bestand der Genossenschaften, die durch das GWB nicht unterlaufen werden darf.

1) Vgl. Sandrock, Kartellrecht und Genossenschaften, S. 71 f.

Es wäre verfassungsrechtlich bedenklich, Genossenschaftsverträge überwiegend als unwirksam anzusehen. Genossenschaften wären dem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt unterworfen, kraft Gesetzes in der Regel verboten, nur ausnahmsweise erlaubt. Dies ist allein gerechtfertigt bei typisch sozialschädlichen Gesellschaftsformen ²⁾, Voraussetzungen, die bei Genossenschaften wegen ihrer partiell wettbewerbsfördernden Wirkung nicht vorliegen. Für sie anwendbar ist daher nur das Erlaubnisprinzip mit Verbotsvorbehalt ³⁾. Auch darf die von vielen Länderverfassungen garantierte Gewährleistung des Genossenschaftswesens ⁴⁾ durch das Wettbewerbsrecht nicht unterlaufen werden. Von der grundsätzlichen Wirksamkeit eines Genossenschaftsvertrages ist daher auszugehen.

2) Vgl. BVerfG NJW 1966, 1651.

3) Ausführlich dazu Rupp NJW 1966, 2037 ff.

4) Art. 153 S. 2, 164 Abs. 1 der Verfassung von Bayern; Art. 40 Abs. 2 der Verfassung von Bremen; Art. 43 Abs. 2 und 44 der Verfassung von Hessen; Art. 28 S. 2 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen; Art. 65 Abs. 2 und 3 der Verfassung von Rheinland-Pfalz; Art. 54 Abs. 2 der Verfassung des Saarlandes.

L e b e n s l a u f

Geburtstag und -ort	31.07.1951, Rostock
Mutter	Ingeborg Kolbe geb. Flindt
Vater	Dr. jur. Karl-Heinz Kolbe
Familienstand	verheiratet seit dem 30.09.1976

Schulbildung

1958 , 1962	Grundschule in Lübeck und Mainz
1962 - 1970	humanistisches Rabanus-Maurus-Gymnasium in Mainz
Juni 1970	Reifeprüfung

Berufliche Ausbildung

Oktober 1970	Beginn des Studiums der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
Juli 1974	1. juristisches Staatsexamen nach 7 Semestern Studium
September 1974	Beginn der Referendarausbildung in Rheinland-Pfalz
Mai 1976	Diplomexamen in Volkswirtschaft nach 8 Semestern Studium
Januar 1977	2. juristisches Staatsexamen
Februar 1977	Beginn der Dissertation
April 1978	Einstellung in den wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundes-tages

Druck: Reinartz

Copier- und Offset-Center

Gaustraße 16, Telefon 0 61 31/9 38 70 + Kirschgarten 3, Telefon 0 61 31/9 62 02
6500 Mainz

